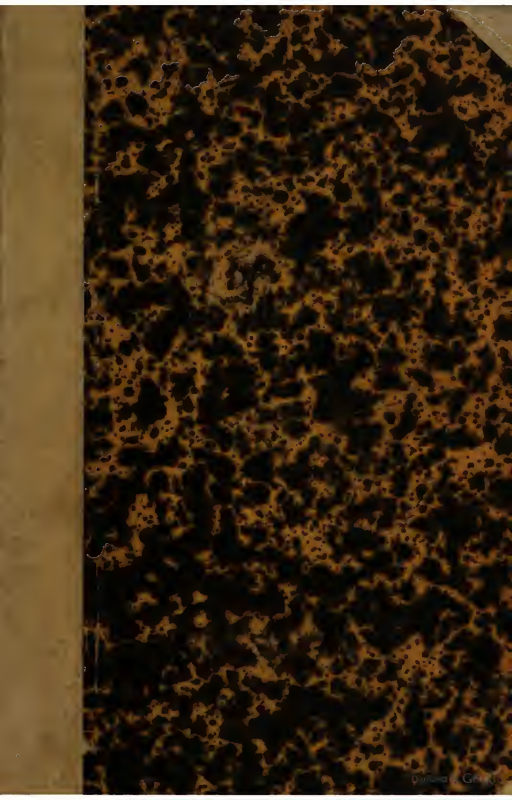










⁶
ENCICLOPEDIA GIURIDICA



11

ENCICLOPEDIA GIURIDICA

OVVERO

ESPOSIZIONE ORGANICA

DELLA SCIENZA DEL DIRITTO E DELLO STATO

FONDATA SUI PRINCIPI DI UNA FILOSOFIA ETICO-LEGALE

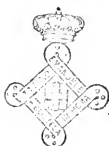
DEL PROFESSORE

H. D.^R A H R E N S

PRIMA VERSIONE ITALIANA

PER DOTTORI IN LEGGE

E I S N E R E M A R E N G H I



—
VOLUME SECONDO
—

MILANO E VERONA

Stabilimenti di Civelli Giuseppe e Comp.

1857

SEZIONE TERZA

PROSPETTO DELLA STORIA GIURIDICA DE' POPOLI
CHE ABBRACCIARONO IL CRISTIANESIMO, IN ISPECIALITÀ DEI **Germani** (1)

INTRODUZIONE

Sull' origine, carattere, maniera di comprendere la vita ed il diritto, delle stirpi celtiche, germaniche e slave in generale.

Gli ultimi rappresentanti la civiltà storica universale, i Romani, perirono poichè fu totalmente inaridita la loro morale sussistenza. Tanto profonda era la causa di decadenza loro e sì generale, che la stessa forza salvatrice della verità inaugurata dal cristianesimo, non ritrovò se non un debole punto d'appoggio, e la Provvidenza sospinse innanzi de' popoli che malgrado fossero rozzi, tuttavia trovavansi intimamente men fiacchi, e a questi affidò la missione di sciogliere anco esternamente

(1) La storia dello impero e del diritto tedesco venne qui esposta alquanto più diffusamente, e per la maggior importanza in che io la tengo, e per riguardo all' Austria che ora con giusta apprezzamento accolse nelle sue università lo studio di questo ramo giuridico. Anco in tale esposizione avvisai lumeggiare con certa cura il carattere del popolo, la sua religione, e le condizioni antiche di sua vita e del diritto, siccome basi e vantaggiosi punti di partenza pel posteriore sviluppo storico.

Le più rimarchevoli opere e le più complete intorno la storia dello impero e del diritto tedesco, sono: 1) Il capolavoro di *C. Fr. Eichhorn*, distinto per profondità e chiarezza, quantunque secondo le moderne ricerche appaia in qualche punto troppo minuzioso, intitolato, storia dello stato e del diritto germanico, 2. (ultima) ediz. 1844, 4 vol.; 2) *Zöpfl*, storia dell' impero e del diritto tedesco, 2 vol. 2. ediz. 1844, in cui ogni parte principale, la storia interna ed esterna del diritto, nonchè le fonti giuridiche, sono separatamente svolte in ciascun periodo; 3) *Fr. Walter*, storia del diritto tedesco, 1833; opera mirabilmente condotta, che tratta con giusta misura tutte le parti (omettente a buon senno la storia esterna del diritto), che tien conto delle ultime ricerche, e la quale merita la si raccomandì a preferenza per l' uso comune. Di questo lavoro ce ne serviamo non poco anche in questo prospetto. — Eccellente e vasta letteratura intorno a tutte le materie, ne è dato riscontrare « nell' abbozzo di storia del diritto tedesco » di *Gengler*, 1849; ugualmente materiali ordinatissimi ne offre la storia dell' impero e del diritto tedesco di *Phillips*, 1880.

l'impero romano, e di rappresentare accolti in nuovi stati il più elevato ordine religioso e morale. Fatta astrazione degli Iberi (1) ad occidente, passati probabilmente in Europa avanti gli Itali ed i Greci, come pure non tenendo calcolo dei Finni al norde (2), i quali due popoli non sono da annoverarsi nella stirpe indo-europea; delle tre schiatte la celtica, la slava (3) e la germanica — le quali non altrimenti dei Greci e Romani appartengono alla razza primitiva degli Arij —, era riservato all'ultima in ispecial modo la nuova missione storica universale. Gli è bensì vero che questi nel loro lungo pellegrinaggio dalle pendici occidentali dell'Himalaja, furono impacciati nello sviluppo da molti conflitti guerreschi con altre stirpi, ed in generale dalla difficoltà che incontravano a prendere una sede fissa; ma quantunque in gran parte vòlta a decadenza novella, serbarono ciò nullameno vigoroso il principio vitale ed il sentimento di quanto avvi di più elevato. Appunto quando al cristianesimo faceva mestieri per la sua divina etica verità di nuovi propugnatori etnici, comincia specialmente per i Germani, come momento interessantissimo della emigrazione dei popoli, la calata nell'impero romano, e solo col l'abbracciarsi del cristianesimo ritorna anco una maggior pace esterna. Quindi s' eleva il cristianesimo a vincolo supremo di questi popoli, e se conviene — come sembra assai probabile — derivare dalle misure occorse nelle sedi primitive circa quanto era attinente alla religione ed al culto (4) la principale spinta all'emigrare delle stirpi ariche, fa pur me-

(1) Incerta rimane la loro provenienza ed origine; tranne la lingua basca, tutto che fosse loro proprio è estinto. Essi, come osserva *Grimm* nella storia della lingua tedesca I p. 174, devono avere ne' primitivi tempi esercitata di molta influenza sovra gli Itali e Celti, come ne fa fede il nome Celto-Ibero.

(2) Questa stirpe che estendesi tuttora oltre l'Ural sino al nord-ovest dell'Asia, venne probabilmente da' Celti, Germani e Slavi cacciata dalle regioni di mezzo, e confinata verso il settentrione; *Grimm*, loco cit.

(3) Ai popoli indo-europei emigrati in Europa appartengono pure i Lituani, i Trael, e — secondo recenti opinioni — anco gli Sciti (già ci si intende una gente mista), i quali non accennano a veruna importanza loro all'epoca cristiana. I Lituani sono pressochè sconosciuti alla storia, ma come osserva *Grimm* « fu loro garanzia una lingua preziosa » La loro favella si divise in tre branche. Di queste l'antico prussiano è quasi del tutto estinto; il lituano vive all'oriente della Prussia e della Samogizia; il cellico della Curlandia e nella Livonia.

(4) Ad appoggiare siffatta opinione, più volte manifestata, cito ora un passo del codice di *Manu* N. 45, ch'io credo non sia per anco stato esposto a tale intento » Sendosi smessi i sacrifici ed evitandosi di trattare coi Brahmini (la non frequentation des brahmanes, secondo la versione di *Langlois*) le seguenti razze comprese nella casta guerriera degenerarono continuamente fino all'ultimo grado dei Sudras. » Tra queste schiatte degradate che poscia emigrarono e vennero espulse vengono citate parecchie altre, cui la storia difficilmente riconobbe, ma le quali però furono dalle recenti indagini segnalate con sufficiente certezza, e ritrovarsi per noi di non poca importanza. A queste appartengono gl' *Javanas*, che la stessa tavola della Genesi indica

stieri ammettere come il cristianesimo riconducesse l'unione religiosa fra di loro, e che in seguito, ad altri popoli in simil guisa le stringesse.

Le tre schiatte che ora ne proponiamo considerare da presso, andavano distinte tra di loro per indole spirituate propria a ciascuna di esse, indole che efficacemente manifestossi per tutta la lor vita storica fino al presente.

I Celti (1) che nell'Asia minore aveano nome di Galati (ove parlavano ancora ai tempi di Cristo la lingua gallica) ed in Europa, Galli, Gheli, Valloni, viventi anche al presente, ma non confusi, fra i Gheli ed i Kymri, devono essere venuti già nei primi tempi in Europa inoltrandosi fin nella Gallia; avvegnachè dessi — fatta astrazione del racconto di Livio (V. 34) sul penetrare dei Celti (Biturigi), regnando Tarquinio Prisco, oltre l'Alpi in Italia — fin nel 392 a Cr.—condotti da Brenno e provenienti dalle Gallie (secondo O. Müller, Etruschi, p. 148, per la soverchia popolazione), si mostrarono innanzi a Roma, e continuarono indi la guerra al servizio degli Etruschi (2). I Celti occupavano un tem-

come *Javan*, e nei quali gli Orientali in generale riscontrano gli Joni (come pure nel dramma di Eschilo « i Persiani » questi chiamano il popolo greco *Ιωνες*); quindi i Pahlavas, probabilmente gli antichi Persiani (Pehli) i Sakas (in cui Grimm ravvisa i Sassoni); i Paradas, che par verosimile sieno i Parli, o gli Tshinas, ovvero la più antica razza arica che si vuole siasi introdotta in China. Secondo questo passo sarebbe probabile cosa che l'emigrazione originasse dalle lotte sorte tra il ceto guerriero ed il sacerdotale, terminale nella vittoria di quest'ultimo e nella definitiva organizzazione del sistema di caste. Erano perciò gli emigrati le stirpi più robuste, animate — per così dire — da sentimenti mondani, avverse al giogo pretesco. Uno stato serrato da sacerdoti, specialmente il sistema delle caste, fu sempre cosa a loro straniera. Anche Leo nella sua storia universale II, 50 opina che il nesso tra le stirpi germaniche con quelle dell'Indo si rapporti non già all'epoca del Veda, ma alla età che viene subito dopo. Leo nelle sue lezioni sulla storia del popolo e dello impero tedesco, 1884, vol. 1, pag. 1-156, intraprese per la prima volta ad esporre più largamente le intime relazioni della antica vita e credenza tedesca con quella degli Arieri indiani. Ma gran parte di tal lavoro non può tenersi in altro conto se non d'una spinta ad ulteriori ricerche.

(1) Sui Celti vedi gli scritti recenti, la *Celtica* di Dieffenbach, 1859; *Grammatica celtica* di Zeuss, 1855; *Mone*, storia del paganesimo nell'Europa settentrionale, 1822; dello stesso autore *la lingua gallica* ecc. 1881; C. Eckermann, manuale della storia della religione e della mitologia, 5 vol. (risguardanti i Celti), 1846 (coordinazione di una ricca letteratura, ma poco diligentemente esaminata); ed ultimamente lo scritto di Adamo Holzmann: *I Celti ed i Germani*, 1885, in cui l'autore malgrado le palesi dichiarazioni dei migliori scrittori antichi come Cesare e Tacito, s'avvisa provare l'identità dei Celti coi Germani, e vuole ad un tempo disinnl i Kymri dai Galli, ma il poco che favorisce una tale identità, può ricevere spiegazione dalla affinità della stirpe.

(2) In Italia dopo l'irruzione gallica, 400 a. Cr., rimasero addietro tra le Alpi e gli Appennini alcune piccole popolazioni celtiche, conosciute sotto i

po, divisi in varie stirpi, una parte della Europa settentrionale, e quasi tutta la media, ed in vero rimangono le vestigia loro quasi in tutta l'Italia al norde, nella Gallia, in Germania ad occidente del Reno, ed al sud del Meno, nei paesi alpestri, che si estendono dall'Austria sino alla Tracia. Durando il passaggio loro nella Gallia, confinarono essi di nuovo nella Spagna gli Iberi, i quali non solo occupavano questa terra ma sotto il nome di Aquitani tenevano pure una parte della Gallia meridionale, com'anco le isole Baleari, Corsica, Sardegna e Sicilia. Dal frammischinarsi dei Celti e degli Iberi originarono i *Celtiberi*. I Celti, la cui lingua manifesta tuttora una somma affinità colla latina (*Grimm*, st. della ling. ted. p. 1027), vennero anco pei primi in contatto colle popolazioni italiche, e mostrarono molta somiglianza di carattere eziandio con queste genti.

Il carattere dei Celti palesa un temperamento sanguigno, facilmente eccitabile, nonchè prevalenza della subbieltività, predilezione dell'individuale, ed una tendenza spirituale ad afferrare ogni singolar cosa non come una parte organica del tutto, ma soltanto sotto concetti (astratti) esteriori (1). Privi del profondo sentimento d'un'ordine inerente alle cose ed agli stessi rapporti, sentimento che contraddistingue i Germani, incapaci d'una tranquilla sommissione ed una forza esterna, il che pure è a dirsi degli Slavi, facilmente eccitabili sono i Celti, animosi, pronti all'attacco nella pugna, ma non perseveranti, vaghi di varietà, e tra loro smembrantisi in partiti (2), di guisa che la subbieltività individuale manifestasi mai sempre in tutte le loro aspirazioni e mete. Ma con siffatta psicologia mobilità si manifesta, come è il caso di simili popoli (p. e. i Latini), un sommo bisogno d'un governo esteriorè, onde certamente spiegasi il sommo potere dei Druidi (3). Ma dessi malgrado la disciplina

nomi di *Senoni*, *Boii*, *Insubri*, *Lingoni*, *Cenomani*, e *Salassi*. Alla medesima epoca abitavano al di là delle Alpi e fuori della Gallia, gli *Elvezi* nella più gran parte dell'attual Svizzera; i *Rezi*, montanari stanziati all'oriente degli Elvezi; i *Vindelizi* posti fra il Danubio e l'Ino; i *Norici* nell'attuale Carniola, Carinzia e Salisburghese; i *Boii* intorno al lago di Platten, e per qualche tempo nella Boemia; i *Carni* al sud dei Norici sino a Trieste; più all'oriente gli *Scordisci* lungo le rive del Danubio, della Sava e della Drina.

(1) Intorno la proprietà della lingua celtica, rispondente a questo carattere, *Leo II*, p. 13 ecc. così si esprime: « Una natura completamente penetrata di sentimento subbieltivo, tale è per fermo il carattere della lingua celtica, mentre allo incontro la germanica si svolge determinata da precise consonanti, nè vagheggia il possibile se non in una strettissima sfera, movendo sempre nella cerchia del certo, del presente e del passato, nè parlando dell'avvenire se non quando può rappresentarlo sotto forme non sfumate ma fortemente delineate. »

(2) *Cæsar de b. g. VI, 11. In Gallia non solum [in omnibus civitatibus atque pagis partibusque sed pene etiam in singulis domibus factiones sunt*

(3) Su questa possanza dei Druidi che comprende eziandio il potere giuridico vedi *Cæsar* *lu. ci. VI, 15. 14.* Accanto ai Druidi vi avevano eziandio i Bardi,

ed il dominio dei Romani, irrupero facilmente, e solo col volgere dei tempi, mercè la fusione con elementi popolari germanici e sotto stirpi regali di queste genti, si ridussero alle costumanze di popolo riunito a stato. Quindi, come fautori del sistema latino, propugnarono gagliardamente ed attuarono il concetto esteriore astratto e meccanico del dominio romano, sì che condussero lo stato ad accentrarsi ognor più. La quale tendenza non è dato per fermo ridurre a' giusti confini se non avvicinandola alle antiche istituzioni germaniche.

I *Germani* (nome di cui è ancora incerta l'origine (1), ossia i *Tedeschi* come essi si chiamano (*Deutsche* da *Thiuda*, il popolo) quantunque tal nome come significazione generale non occorra prima del IX secolo di Cristo, che in più remota età e con più vasta relazione nominavansi probabilmente Asi od Aschi (2), al quale appellativo accenna l'an-

cantori (simili ai *richis* degli antichi Indiani). Del resto il druidismo come ceto sacerdotale è dotato di sì vasta forza, gli è una manifestazione dei Galli tanto anomala se la si raffronta colle istituzioni di tutti gli altri popoli indoeuropei, che tal'istituzione non è dato spiegare se non se col profondo decadimento di quella gente; ovvero ritenere che il druidismo, sendo secondo quanto opina Cesare passato dalla Bretagna nella Gallia, mentre le isole britanniche subirono fin da' prischi templi l'influenza della civiltà dei Fenici, originasse dal fonderci di siffatti elementi stranieri cogli indigeni.

(1) Consulta gli scritti citati da *Phillips* luo. cit. p. 54. sovra le due principali verificazioni del nome di Germani, cioè sulla più vieta di *Ger=H'cher*, *asta*, e sovra quella proposta da *Leo* ed additata da *Grimm* ed altri, dal celtico *gairm*, grido, secondo qual voce avrebbero i Celti dato da prima il nome ad una stirpe tedesca, come *Βοδὺ γαλατος* presso Omero, il che sarebbe poi riferito a tutto il popolo (al che è però contrario e con ragione *Holtzmann* luo. cit. 40-80): Alcuni avvisano che *germanus* sia traduzione latina del *theadisk* cioè affine, consorte di stirpe. Ma io non posso declinare dall'opinione che il nome sia originario ed in relazione al sanscrito *Karman*, che è composto di *Kr*=formare, fare, e di *arjaman*, ovvero eliminando il *ja*, di *arman* (*ar*=focolare, e *man*) consorti di focolare vele a dire formanti una compagnia di gente nota. La parola sanscritta *arjaman* l'hanno tuttora i Germani, ommeno il *ja*, nell'antico *ermen*, *irmin*, *ags*, *eormen*, *yrmen* e nei nomi *Herman*, *Erman* ecc. Io venni in tale credenza condottovi dall'articolo di *M. Haug* » sull'antichissimo nome dei così detti indogermani, e sul Dio di loro stirpe » inserito nella pubblicazione mensile delle scienze ed arti, 1854 p. 788. Anche *Savigny*, sto. del d. r. (I. ed. p. 193) esprime l'opinione, come già innanzi disse *Möser*, che tra il nome di *Arimanni* (che è pur sempre l'antico *arjaman*) che suona liberi uomini del popolo, ovvero liberi (i quali nei documenti longobardi si chiamano pure *Erimanni* ed anche *Germani*), ed il nome popolare di Germani, vi possa correre dell'affinità. *Savigny* è pure dell'avviso, p. 193, che si debba andar oltre e tenere per identiche le voci Alemanni, Arimanni e Germani, e solo dissimili nella pronuncia, avvegnachè più volte si confonda la *c* colla *r*.

(2) Il nome di *Asi* od *Ansi* è da rapportarsi al sanscrito *as*=raggiare, ed anco — raggio di luce; così che gli Asi in relazione alla divina loro origine sarebbero i raggi di luce della divinità (come gli *asvini* della

tichissima tradizione della stirpe dei Germani settentrionali che molto prima di Cristo si stabilirono nell'attuale Scandinavia, come pure vi argomentano le leggende dei Goti e dei Sassoni; essi Germani peregrinando per più secoli, penetrarono in Europa per due cammini — come almeno sembra —, cioè per una direzione occidentale-settentrionale lungo la Vistola, percorrendo le spiagge del mar Baltico, quindi toccando alla Scandinavia; ed in una strada occidentale lungo il Danubio verso le Alpi ed il Reno. Nè può tenersi manco per verosimile quanto da molti si ha per fermo, vale a dire un passaggio dal nord della Scandinavia, all'attuale Germania.

Secondo la condizione presente delle ricerche storiche, nulla si può dire di sicuro sulla parentela dei Germani con altre popolazioni rimarchevoli nella storia, specialmente coi *Traci* (1), molto meno cogli Sciti (frammisti a mongolici elementi); e specialmente non avvi argomento a provare l'identità di stirpe dei Goti e Geti (2) recentemente propugnata da G. Grimm con molta franchezza, identità la quale quando sussistesse farebbe risalire a più secoli addietro il principio della storia tedesca.

Il carattere della stirpe germanica verrà approfondito maggiormente nel principio della storia del diritto tedesco.

Secontraronsi le schiatte germaniche nella loro peregrinazione in Europa e particolarmente in Germanica coi Celti, s'insinuaron prima a poco a poco poi sempre più dilatantisi a mo' di cono nelle sedi di questi, e quindi scacciaronli grado grado da quelle contrade, riducendo a proprii servi e schiavi molte migliaia dei Celti vinti ivi rimasti, in guisa che anche in tal luogo troviamo l'origine della schiavitù nella vittoria d'una razza sull'altra.

mitologia indiana). Più tardi designavansi anco gli eroi ed i nobili col nome di *Ans* (*Hans*). Anco il nome di popolo di *Goti* (*Gauten*, *Geitn's*, *Gautar*) che s'avvicina a *Gut* (*bone*), e a *Gott* (*Dio*), esprime siffatta derivazione o rapporto divino. Il nome di Asi od Aschi si incontra parecchie volte nella storia, Omero, *Iliade* II, 882, conosce nell'Asia minore una terra detta *Ascania*, donde l'eroe Ascanio condusse i Frigii (Arii). Da Ascanio derivano i Sassoni la loro origine (*Grimm*, stor. della lin. ted. p. 882), e a quello si rannoda anco la favola di Troia che travasi pure presso gli Itali ed i Galli in relazione alla loro provenienza. *Tolomeo* conosce nel territorio del Don un popolo cui esso dà il nome di Asi, e *Strabone* cita nell'ugual contrada gli *ασβουργιανοι* cioè gli Asburghesi. *Tacito* parla d'una città tedesca *asciburgium* (Asemburg) poco discosta dal Reno, e *Tolomeo* chiama *ὄρος ασκουργιον*, il monte dei giganti posto in mezzo alla Germania. Col nome di *Asemburg* si indica eziandio un'antico e diroccato castello nella Germania settentrionale (vicino a Gneiferbito).

(1) *Grimm*, stor. del I, ted. 821, dice « Parecchi punti di somiglianza nelle costumanze ed usi dei Germani e dei Traci, prestansi a stabilire il nesso fra questi due popoli. »

(2) Tale opinione di *Grimm* si fu però da valenti storici indubbiamente confutata, come in ispecialità da *Sybel*, *Waltz*. (storia della costituzione alemanna V. 2), *Gervinus* (stor. di lett. ted. I, p. 28). Tuttavia *Grimm* si sforzò

Ultimi penetrarono in Europa gli Slavi (1), si cacciarono innanzi le discendenze germaniche, finchè in seguito, e soprattutto per opera di Carlo Magno, furono da esse respinti o confusi colla discendenza vincitrice. Di già alcuni secoli dopo Cristo si presentarono gli Slavi distinti in due grandi stirpi, come tuttora ritrovansi divisi secondo la lingua. Le due prosapie chiamavansi a que'tempi, la stirpe degli Slavini e quella degli Anti. Al presente suolsi denominare quelle genti secondo le loro sedi, od in conformità alle loro principali popolazioni. Però abbiamo d'esse le seguenti stirpi: la prima si è la *boema-polacca* ovvero la settentrionale-occidentale, che comprende i Moravi, Slovachi, Tzechi, Leschi ovvero Polacchi e Vendi in istretto senso (all' Elba di mezzo ed alla Saale); e la seconda è la *russo-serba* o *russo-illirica*, ovvero la meri-

di propugnare con più vaste ragioni le proprie vedute nella sto. d. lin. ted. p. 176 e seg.; ma non gli venne però fatto di abbattere parecchie importanti obbiezioni. Ma ciò che è per fermo decisivo, si è che manca la *lingua* su cui recare le nostre indagini, poichè della lingua dei Goti non ci resta ricordo alcuno. Che se pur sulle tracce degli scrittori romani del primo o del secondo secolo, nonchè de' moderni, continuasi a distinguere i Geti dai Goti, e a tener quelli per un ramo della stirpe de' Traci, rimarrebbe almeno una parentela atta a recar luce sull'argomento, però che quest'ultima prosapia formi indubbiamente un nodo dell'organismo del popolo erici. Gli è però merito non contrastabile di *Grimm* l'investigazione — dopo che le indagini d'etnografia comparata ebber stabilito il nesso ed il punto di parentela dei popoli indo-europei — delle metamorfosi che subirono le discendenze ed in ispecial modo la germanica, nonchè la costruzione, per quanto è possibile, dallo storico prisco collegamento. Accedettero all'opinione di *Grimm* sull'identità de' Geti e Goti, parecchi scrittori, fra i quali *Leo* nella storia universale vol. II. VI (il quale suppone eziandio correre parentela fra i Geti ed i Messageti, cercando poscia spiegare il passaggio de' primi dalle regioni dell'Indo al paese del Danubio, attraversanti il Paropamisus e muoventi lunghezzo l'Oxus nelle terre al settentrione del mar Nero e Caspio. Già *Pytheas* di Massilia (l'attuale Marsiglia) che visitò viaggiando nel secolo IV. a. Cr. la costa settentrionale germanica, trovò al mar Baltico dei Gutoni (Plin. Hist. nat. 37, c. 11). La osservazione di *Grimm*, storia della ling. ted. 226, che si fonda sull'antico scritto persiano di Keilin diciferato da *Rawlinson*, ove Dario figlio d'Hystaspe fra i regni di nuovo conquistati accenna pure a ogni volta ad un *Saka* presso Thataglusich, il qual ultimo luogo gli è il paese dei Sattagudi (Erod. 3, 91); tale opinione può essere corroborata da quanto attualmente è venuto a nostra cognizione mercè la felice spiegazione data da Rougé dell'egiziano geratico c. d. *grand papyrus Sallier*, il qual papiro contiene il racconto poetico colle spiegazioni di Ramse il Grande (19. dinastia intorno il. 1400 a Cr.) contro i Cheta's (Geta's) nella Mesopotamia, popoli che formavano una grande e possente confederazione (vedi la *Revue des deux mondes* 1. set. 1855 p. 1068 e 1070).

(1) La parola *stava* suona sublime, glorioso, e quindi questa stirpe si denominò anch'essa come in generale si chiamarono gli Asi e gli Arii. Gli Slavi sono anco in ispecial modo chiamati *Vendi*, vocabolo che *Leo* II. * p. 200, tiene sia di tedesca significazione, mentre invece *Schafarik* (antichità slave I, 45) opina sia il più antico nome proprio degli Slavi.

dionale-orientale, alla quale appartengono i Russi, i Gran-Russi, i Piccoli-Russi, i Russi-Rossi (Rusniaki o Ruteni), i Bulgari e gli Slavi-Illirici nelle loro varie suddivisioni.

Secondo la lingua ed il carattere avvi più grande parentela fra Germani e Slavi, di quello che non corra tra Germani e Celti. Ma tuttavia la natura dello Slavo distinguesi da quella del Germano per prevalenza e vivacità di fantasia (1), com'anco per maggiore sviluppo di senso comune manifestantesi nel coordinamento dell'intera vita sociale. Qui scorgesi come la famiglia, la prima società naturale, sia rimasta il tipo della sociale conformazione. E sembra anco che le loro vedute religiose si attenessero maggiormente alla vita naturale, all'organico incremento, al che accenna la dca *Schiua* cioè la vita. In opposizione al sentimento germanico del volere individuale e della libertà, gli Slavi vagheggiarono il momento del reggime e bramarono venir retti, come in vero le potenze che dominavano il mondo venivano da esse comprese in una dività, *Riädkost* (Radigost, Radegast), ed anco lo stesso concetto dell'ordine, dell'armonia, trovavasi simboleggiato in una speciale diva, *Lada* (2).

L'antica religione degli Slavi pare, più che non sia il caso di quella dei Celti, emanasse unitamente al prisco culto tedesco da una stessa fonte, quantunque la prima secondo il carattere di stirpe progredisse in varie tendenze (3).

(1) Perciò, come osserva *Leo*, sto. univ. II. p. 226, trovansi le lingue slave affini alle celtiche, e più acconcie ad una subbieltiva emozione oratoria, di quello che sia la tedesca.

(2) Sovra *Radegast* e *Lada*, ed intorno ad una etimologica derivazione dei nomi, ben più esatta che non sia quella porta da *Grimm* (mitologia XXVI), vedi *Leo* II, 225.

(3) *Leo* loco. cit.; *Grimm*, mitologia, 2. ed. 1844, XXVII.



PRIMA SUDDIVISIONE

PROSPETTO STORICO DEL DIRITTO E DELL'IMPERO TEDESCO.

PARTI PRIMA

Il più antico stato storico della vita e del diritto dei Tedeschi.

§ I. LE SEDI E LE STIRPI DEGLI ANTICHI TEDESCHI (1).

Le popolazioni tedesche di cui Tacito sullo scorcio del primo secolo ne porge notizia, abitavano la terra all'oriente della Vistola e dei Carpazii, al meriggio del Danubio, all'occidente del Reno e della Schelda fino al mare del Nord, ed erano quivi da sì gran tempo stanziate che le tradizioni di lor venute eransi pressochè dileguate, nè rimanea altro cenno di ciò se non nelle leggende popolari di alcune stirpi.

Le tre principali schiatte tedesche, come le distingue Tacito. (2), gli *Istevoni* od *Isceveni*, gli *Ingevoni* ed *Ermioni*, dalla favola tedesca vogliansi discendenti di *Mano*, il quale è un figlio del Dio *Tuisko* (3). Questa tradizione di *Tuisko* e *Mano* non si riferisce tanto all'origine dei tedeschi quanto a quella dell'umanità in genere, per cui la tradizione nazionale di stirpe comincia solo coi tre figli di *Mano*: triplice divisione delle razze che sotto altri nomi e con varie modificazioni, conservossi particolarmente per la storia tedesca fino ai giorni nostri.

Avanti l'emigrazione dei popoli, viveano gli *Istevoni* in rapporti meglio coordinati, secondo quanto ne lasciò scritto Plinio, occupando le terre dalle regioni medie del Reno lungo ambe le sponde sino ai Paesi-Bassi. Indi dai Germani che premesseli al tergo vennero spinti nella Gallia, cui essi in parte soggiogarono. Gli *Ingevoni* avean lor sedi presso il *mare del Nord*. A loro, secondo Plinio, appartenevano gli abitanti della

(1) Intorno a ciò vedi l'opera principale di *Gasparo Zeuss*, i *Tedeschi e le stirpi limitrofe*, Monaco, 1857.

(2) Molti, come *Sachse* e *Waitz*, ammettono una quarta divisione. *Waitz* *luog. cit.* I, XVII, considera per terza stirpe la gotica, *Sachse* all'incontro il quale tiene in massima il numero quattro come vero principio fondamentale di divisione dei nomi e delle terre germaniche, cita i *Vandali* come quarta stirpe.

(3) Varie sono le opinioni sul nome *Tuisko* o *Tuisto* (*Zeuss*, p. 67; *Wackernagel* nel periodico delle antichità tedesche, vol. 6, p. 18). *Leo*, lezioni sulla storia del popolo tedesco p. 201, menziona il padre dell'indiano *Manu Tuaschitri*, ovvero *Vivasvat*, il quale è la forza creatrice del sole, *Manu* figlio di *Tuaschtri* gli è quindi l'uomo quel figlio del sole. *Mano* è senza dubbio il *Manu* indiano, quantunque questo nome si ritrovi anche presso altri popoli, p. e. *Manes*, *Menes*, *Minos*.

penisola cimbriaca ed i loro popoli circonvicini, cioè i Cimbri (1), i Teutoni,* i Cauci, come pure gli Angli al mezzodi, e più all'occidente i Frisii. Le mosse all'emigrare degli Istevoni ed Ingeveni verso la Germania, risalgono all'era avanti Cristo. La più numerosa razza tedesca era la *ermiona*, alla quale appartenevano gli Svevi, gli Ermunduri ovvero Turingii, i Longobardi all'Elba inferiore, ed i loro vicini i Semnoni, i Marcomanni che vinsero i Boii in Boemia, come anco i Quadi in Moravia ed in parte dell'Ungheria. In essa razza comprendonsi pure di consueto: i Goli (i quali tuttavia da alcuni p. e., da Zeuss si annoverano fra gli Istevoni) nelle due partizioni di *Graitungi* od Ostrogoti, e *Tervingi* o Visigoti; quindi i Vandali alle sorgenti dell'Elba, i Lygi all'Oder superiore, i Borgognoni fra l'Oder e la Vistola (i quali intorno al 230, gagliardamente inalzati dai Goli si recarono verso il Reno), i Rugii, gli Eruli nella Pomerania, e Sciri alla Vistola ed i Gepidi in Polonia ed Ungheria.

Nel terzo secolo veggiamo molte popolazioni ermioniche-sveve portare il nome di *Alemanni* (2). Questi nella seconda metà del III. secolo penetrano ripetutamente oltre il Reno nelle Gallie, nell'Elvezia e fino in Italia. Ugualmente scorgiamo nella stessa età, parecchie stirpi per la maggior parte istevonie stanziate nelle regioni del medio e basso Reno, venir chiamate col nome di *Franchi* (3) (che da prima tal voce indicava i Sigambri nella Pannonia, e nelle regioni dell'odierna Buda), i quali vengono distinti in Franchi *Salii* (4) e *Ripuarii*, quelli occupanti le terre dall'isola dei Batavi sino alla Schelda, stanziati gli altri fin dal principio del secolo V. lungo la sponda sinistra del Reno da Andernach a Colonia. Finalmente sotto il nome di Sassoni (nome usato la prima

(1) Sulla derivazione (assai dubbia) di questo nome fatta da Grimm, che lo vuole da *campere* ant. ted., *chemphari*, cioè: predatori eroici, vedi slo. d. i. l. p. 637. Che i Cimbri non fossero affini agli antichi Kimri al mar Nero (Krimm), non si può per anco esattamente sostenere. (Da *Gfrörer*, storia primitiva d. m. razza, 1853, p. 29. sostiensì ora novellamente tale parentela).

(2) Sulla derivazione del nome vedi Grimm to. d. i. l. p. 498, nella quale egli da *ala* (intiero) e *man* (uomo) deduce uomini completi e buoni. Vedi però anche la supposizione di Savigny, p. 381.

(3) Sulla varia etimologia del nome, vedi gli scrittori menzionati da Phillips luo. cit. p. 24.

(4) Questo nome usalo la prima volta da Ammianus Marcellinus (390) deriva giusta la comune opinione dal fiume Issel nei Paesi Bassi, fiume innanzi chiamato *Isala*, lungo il quale dimorò lunga pezza la schiatta. All'incontro *Rein* vuol derivare con ben maggior fondamento « i nomi di *Salii* ec. 1847 » quei nomi popolari, dai considerare i *Salii*-Franchi come Franchi possedenti bene *salii*, cioè vasti liberi paesi. Similmente opinava già prima Zöpfl luo. cit. p. 30. *Sal* vuol dire *casa*, e specialmente casa signorile; e *salicus*, nel senso più elevato suona *nobilis*. V. Grimm sl. d. i. l. p. 520 o Zöpfl. Perciò il fiume avrebbe ricevuto il nome dai *Salii*-Franchi, non questi da quello.

volta da Tolomeo verso la metà del II. secolo) vengono comprese molte razze ingevoni, le quali in un'eglia Angli si fecero le conquistatrici della Brettagna, e dal VI. secolo in poi trovaronsi in continua lotta coi Franchi fino a quando vennero vinte da Carlomagno, 803, dalla qual' epoca in avanti tutta la Germania settentrionale venne spesse volte indicata col nome di Sassonia.

Questa divisione delle razze tedesche si mantenne fino al presente, e si oppose mai sempre ad una unità accentratrice come serbò anco nell'intero organismo popolare svariate costumanze e diverse civiltà.

§ II. CARATTERE E RELIGIONE DEGLI ANTICHI TEDESCHI.

Carattere *popolare*. Nella natura dei Tedeschi si palesarono di grandi virtù, frammiste però a parecchi vizii. E parimente veggiamo riunirsi in essa due tendenze spirituali e fisiche, le quali appo altri popoli sono molte fiate disgiunte, o solo esteriormente riunite. Ritrovasi cioè il Tedesco profondamente compreso della sussistenza d'un supremo *ordine* divino superiore all'umano arbitrio, ma serba ad un tempo la coesistenza della *indipendenza* e della *libertà*, le quali non considerano già quell'ordine come una potenza esterna coattiva, ma piuttosto se stesse hanno in conto di rappresentanti e ministre di esso. Quindi egli è a buon dritto che gli Asi e i Goti traggono il loro nome dal divino di cui per la origine loro sono consapevoli. Manifestasi perciò, come avviene in generale nel divino ordinamento, anco nelle sociali istituzioni, la persona, la libertà, siccome intimo principio vitale. ▲ questo appoggia l'onore, il quale viene assunto in un senso più elevato e più vasto che non presso qualsivoglia altro popolo. Nella stessa guisa che il nome accenna allo splendore (1), non altrimenti l'onore rappresenta il riflesso della libertà in una consorte, onde avviene che manifesti evidentemente l'elemento supremo e divino insito in ogni essere libero. Come il momento della libertà, così pure il principio della *comunione* viene affermato più profondamente ed in senso più vasto. E la comunanza fondata da un supremo *vincolo* divino, e non richiede solo la coesistenza, ma esige pure la reciproca cooperazione dell'una persona a vantaggio dell'altra, nelle varie specie e gradi del consorzio. Unisce però il legame la persona colla persona, e la libera serbanza di siffatto nodo genera la *fedeltà*, che è un principio morale palesantesi tanto nei singoli obblighi incontrati, quanto nel completo sacrificio personale (su cui col volgere del tempo fondasi specialmente la vita germanica, vita che per l'essenziale carattere della fedeltà, sistacea da tutte le altre tendenze che si riscontrano presso le altre genti, come sarebbe a dire dei Chinesi, Persiani, Celti, ecc.) Ma come il Germano esprime il proprio individualismo nella fi-

(1) La parola tedesca *Ehre*-onore, trovasi collegata colla inglese *iron*-ferro v. *Phillips* lu. cl. § 54; ma entrambe devono rapportarsi alla radice sanscritta *ar*=andare = splendere, che si ritrova in tanti dialetti arici (*ardere*, *ara* in latino), in *arjaman*.

danza di se stesso, per cui — come ebbe ad avvertire lo stesso Tacito — esso credesi sicuro contro gli uomini e contro gli Dei, e manifestato pure nel proprio convincimento ed operare; così non acconsente nemmeno in pratica che la propria personalità sia assorbita in qualsivoglia comunione, nella quale egli serbasi mai sempre distinto. Gli è perciò che nel genio e nel sentimento tedesco vive il supremo principio *obbiettivo* dell'ordine e della comunione in tutte le sfere della vita, nella religione, nel diritto e nella società: e che tal principio va intimamente congiunto coll'altro *subbiettivo* della propria persona, coscienza, libertà e volere. La coscienza di sè stesso gli dona il coraggio perseverante, che però di molte volte degenera in protervia, ostinazione, capriccio e brama di singolarità. Siccome l'antico Tedesco cercava più e più volte l'esaltamento nell'ebbrezza così avveniva che perdesse moralmente la propria autonomia e libertà, oltre a che arrischiava al giuoco la propria sostanza, indipendenza, anzi tutto sè stesso. Del resto vanno lodate nel carattere fondamentale tedesco delle inclinazioni e virtù che preservarono fin qui il popolo dagli eccessi della libertà e del despotismo, e le quali sono a corroborarsi mercè una coltura spirituale e morale.

La Religione (1) degli antichi Tedeschi, la quale oltre alla molta somiglianza colle idee religiose degli altri popoli arici, de' Greci, Romani, Celti e Slavi, ritrovasi anche intimamente stretta colle antiche sacre credenze degli Indi (2), ebbe a perfezionare e variare di molto per l'azione delle forze spirituali, in special modo della fantasia. Dessa non ci rimangono se non pochi frammenti, da' quali mal puossi raccapezzare il sistema. Siccome pare verosimile che la primitiva separazione delle razze, avesse luogo avanti che nell'India si fossero sviluppati i culti speciali di Brahma, Visnu e Siva e del Buddhismo, per questo non è dato rapportare le vedute religiose germaniche ad alcuna di quelle religioni (3).

(1) L'opera principale è: *Grimm* mitolo. ted. 2 ed. 1848. Confronta anche *W. Müller* sto. d. ant. reli. ted. 1934; *Simrock* manua. della mito. ted. 1855.

(2) Fin qui ben poco studiaronsi queste relazioni. *Leo*, storia del popolo tedesco, 1854, incominciò a toccare più da presso le religiose credenze degli Indi.

(3) *Leo*, sto. univer. II. p. 20 e seg., tentò esporre con maggiore larghezza la parentela del culto di Wodan con quello di Siva, ma molte rappresentazioni comuni le quali in seguito si racchiusero nell'India nel culto di Siva ponendosi indipendentemente da ciò riscontrare nel concetto di Wodan. Molto rammenta a Visnu, e gran somiglianza riscontrasi perfino tra Buddha e Wodan, come osserva anche *Grimm* sto. del I. ted. 338, sendosi con qualche fondamento ritenuto il Buddha per Wodan (ed è rimarchevole che giorno di Wodan, dies Mercurii, pure in sanscrito si chiama *Budhuvaras*), e per conseguenza vengono sopposti a considerazione anche i Βουδδιστοι di Erodoto, ed i Βουδδιστοι di Tolomeo. Anche l'antico nome di *Gauti*, che secondo l'Edda portava Odino, potea essere collocato nella stessa categoria di quello di Buddha, *Beinamen Gautama*, cioè: l'Illuminato, il Perspicace, il Sapiente, il

Anco nell'antica credenza religiosa tedesca, l'idea di un supremo Ente abbracciante e penetrante ogni cosa, e di tutto regolatore, forma la base più profonda, quantunque anche avvistuppata di molto. Questo Ente costituisce per interna misura l'ordine mondiale, e perciò gli è pure il Misuratore ed il Regolatore. Siffatta norma è riposta intimamente ed esternamente in Dio e nel mondo, e per questo la è ad un tempo il destino (*örlog, orlag*). Ma sì nel mondo naturale che nel morale appaiono come potenze particolari, delle manifestazioni proprie della divinità le quali vengono comprese in modo politeistico come personificazioni divine. Desse sono raffigurate sotto imagine di raggi (*as, aas, Asi ed Ansi*). Intorno al numero e grado loro vi hanno di molte dissimili vedute, le quali sorsero nelle diverse età e dalle varie stirpi. Suprmi Dei od Ansi tengonsi le divinità cui furono sacri quattro giorni della settimana (1), cioè *Ziu* (2) (ovvero *Tiu*), *Wodan* (*Wodan, Othin, Odin*), *Donar* (*Thorr*) e la dea *Frikka*. Nella mitologia del nord ha bensì *Wodan* (3) (*Odin*) un posto distinto, ma in *Ziu* è espressa certamente la più antica idea del cielo. Accanto a *Wodan* trovasi pressochè sempre come sposa la *Frikka* (in anti. nord *Frigg*), chiamata anche *Holla* e *Pertha* (la splendente), espressione femminile dello spirito divino, dominante le cose sacre ed i desiderii delle donne, l'antesignana delle Anse, come *Wodan* lo era degli Ansi.

Fra questi Ansi trovansi però i Wani, i quali non compongono nulla più d'una prosapia (forse posteriore) elevata a venerazione divina. Fra di essi Wani, *Loki* (4) è destinato a promuovere la decadenza degli Dei. Nella mitologia tedesca si riscontra un profondo presentimento del

Buono; ma a Buddha il fondatore della religione (cui vuol preceduto da altri o Buddha's o Dei-Illuminati non si può avere riguardo a motivo della computazione del tempo

(1) Questi giorni della settimana sono: martedì (per *Ziu*, e *Tiu*), mercoledì o giorno sacro o *Wodan* (in inglese tuttora *wednesday*); giovedì (che in tedesco è detto *Donnerstag*, sacro a *Donar*, e Venerdì per *Frikka*).

(2) *Grimm* sto. d. I ted. 116 raggruppa la trinità degli dei de' principali popoli indo-europei, a misura che secondo lui si corrispondono. Così nell'aut. ted.: *Ziu*, *Wodan*, *Donar*; ant. nor.: *Tyr*, *Odin*, *Thorr*; lat.: *Mars*, *Mercurius*, *Jupiter*; gre. *Aen*: *Ægwn*; *Ziu*; cet.: *Hesus*, *Trutates*, *Tarantia*; slav.: *Sjatovit*, *Ratigast*, *Perun*; ind.: *Siva*, *Brahma*, *Vienu*.

(3) *Wodan* deriva dal sost. *wuol*, che significa in origine: moto di spirito, onde desiderio, furore; vedi *Grimm* al passo succitato.

(4) Vedi sopra *Loki* l'articolo detagliato di *Weinhold* inserito nel periodico delle antichità di *Haupt*, v. 7. p. 1-94, nel quale (diversamente da *Uhland* e *Leo*) *Loki* viene assennatamente posto a fianco de' l'indiano *Agni*, esponendosi con esattezza la metamorfosi cui subì il mito di *Loki* passando da una fase superiore ad una inferiore. *Loki* è la personificazione del fuoco, e però di quanto avvi di beneficio e nocivo.

Dal Dio della luce e del fuoco che splende chiarissimo e diffonde ovunque la fecondità, venne egli fatto un Dio di distruzione e perfino un'essere malvagio.

futuro, ed ivi gli dei sentono sul capo librarsi minaccioso il destino di loro ruina, da cui sono vinti quantunque combattono drammaticamente contro di esso; ed è un tal sentimento una nota caratteristica di questa mitologia, che la distingue specialmente dalla greca ove i numi vivono in eterna gioia e ferve da loro lungi la lotta tra i Giganti ed i Titani senza che vi abbia alcun mito (fosse pure una poetica profezia) della caduta. Nell'incendio universale, nell'estremo giudizio (*muspilli*, ruina di tutto ciò che sussiste) perisce tutto quanto deve finire; ma un mondo novello, una nuova terra sorge dal mare. Tutto si trasforma, anche gli Ansi, non più i vecchi, ma i figli loro cadranno sotto il dominio del possente Iddio (*Fimbultyr*, Padre di tutto in seguito ridotto a concetto cristiano), del Principe della pace imperitura, e saranno divinità ringiovanite fra il popolo dei beati e dei giusti. Questa credenza dovette condurre le genti tedesche ad abbracciare agevolmente la dottrina cristiana dell'onnipotente Iddio, del largitore della pace e d'ogni altro bene.

La favola degli dei ed eroi la si deve avere come espressione d'un momento essenziale del carattere germanico, la fedeltà, correlativo che non può venire apprezzato se non nel suo termine opposto, il tradimento, che manifestasi pure spesse volte e sotto forme orribili (così per esempio nel principio della storia d'Arminio, che pel tradimento del proprio suocero Sigesto, cadde nelle mani di principi Tedeschi.) Il tradimento congiunto — soprattutto nel mito degli eroi — colla vergognosa ed orribile vendetta di sangue, e coll'egoismo che si palesa pure come un termine opposto alla virtù contraria, conduce la mente a riflettere alla decadenza della fedeltà e del popolo, e ad ammettere perciò le benedizioni del cristianesimo come fonti di redenzione.

§ III. L'ORBINE GIURIDICO.

1. *Il concetto tedesco del diritto in generale.* Il diritto in principio venne afferrato obbiettivamente siccome una legge, vincolo, confederazione (*Ewa*, Ehe — matrimonio (1), in guisa che il vero e stretto significato del diritto era la rispondenza delle opere a quel legame, e per conseguenza anco le azioni necessarie a ristabilire il vincolo infranto da un misfatto (« il matrimonio rotto »). Esso legame era però un nodo di pace e di tutela in una comunanza o comunione di libera gente. Gli è quindi necessario che accontenti si le comunità che gli individui; avvegnachè la libertà della singola persona non è manco nell'antica vita giuridica tedesca, un arbitrio illimitato, ma si estende solo alla cerchia entro cui il volere viene riconosciuto e protetto per la stessa natura della

(1) La espressione *éwa*, ed *éa* per abbreviatura suona nell'ant. ted. legge, federazione (*lex*, *vinculum*, non già *matrimonium*); vedi *Grimm*, antichità tedesche giuridiche. p. 417. Gli è adunque lo stesso concetto fondamentale del latino *jus*, vincolo.

comunione. Anco la comunanza la quale non viene altrimenti concepita come una vuota astrazione, ma quale un tutto vivo ed organicamente composto d'unioni svariate, dalla parentela di sangue sino all'altezza di comunità civile e politica, influiva di molto sui rapporti giuridici dei membri suoi (sulla dichiarazione di attitudine alle armi, di maggiorenità degli adolescenti, sulle emancipazioni e forse anco sullo stringersi del matrimonio), e guarentiva pure la persona ed i beni. Nella comunione serbava tuttavia ciascun membro la sua indipendenza e libertà relativa. E poi della natura delle relazioni antiche, ove la civiltà si sviluppava muovendo dal basso a sempre maggiore altezza, e dove il vincolo comune soltanto col volgere del tempo ravalava, che ogni libera persona sia abbandonata di molto a sè stessa, e quindi eserciti un maggior potere giuridico di quello che le può essere acconsentito in una riunione perfezionata. Per il che sommo gli è il diritto di difesa spettante all'uomo libero e della propria persona e di quelle a lui sopposte, nonchè della sostanza sua, e tale diritto ha la sua espressione e splendore esterno nella capacità, ossia nel diritto di portare armi (1). L'uomo libero è per conseguenza l'uomo atto alla difesa (*wer* — in tedesco *Wehr* significa difesa — come in latino *vir*; quindi pure *waro* ossia *baro*). Del resto per quanto sia importante siffatta nozione, la non si può riguardare nè per gli antichi rapporti germanici, nè tanto meno pei posteriori, come idea fondamentale del diritto tedesco, il quale è di più elevata natura. Ma tale idea conviene la si cerchi nel principio del legame e della comunione *organizzata*, nel quale è custodita la sfera giuridica di ciascun membro, sfera però limitata dai riguardi dovuti agli altri membri ed alla stessa comunanza, sì che il momento *subbiiettivo* di libertà trovasi armonizzato colla legge *obbiettiva* che mantiene il legame, ovvero col costume.

2. *Rapporto tra il diritto e la religione.* Presso gli antichi tedeschi ritroviamo unità la religione ed il diritto, non altrimenti che riscontrasi presso il popolo indiano e di Roma nei *prisci* tempi di lor vita. Semplicissimo il culto agli dei, ai quali non trovasi dedicato alcun tempio, ma soltanto dei sacri boschi. Per mezzo delle sorti vien indagato in cia-

(1) *Phillips*, dirit. ted. privato p. 23, s'avvisò stabilire un supremo principio regolatore pel diritto tedesco, che pur troppo nelle basi è ancor ben poco indagato e svolto, e credette riscontrarlo nella capacità a portare le armi, considerata per fondamento comune, 1. della *libertà* ovvero della difesa di sè stesso, 2. della *tutela* ossia protezione di altre persone, e 3. della *guarentigia* ovvero difesa delle cose. Ma nè il principio della difesa basta a spiegare lo specialissimo carattere del diritto tedesco, quale presentasi cotanto distinto dal diritto romano, nè è dato manco collocare sotto tali 3 forme la vita giuridica tedesca, ricca di parti ben più numerose. Da tale opinione si innalza di troppo il momento *subbiiettivo* dal punto di vista dell' *individuo*, nè si apprezza in modo conveniente il legame che corre tra la comunione organizzata ed i rapporti giuridici che indi scaturiscono.

scun'affare di grave momento il volere de'numi, cercandolo nel volo degli uccelli, nel nitrito de'sarri destrieri. Avvi per fermo uno special celo di sacerdoti, ma anco il padre di famiglia adempie ai religiosi uffici per quanto spetta alle domestiche bisogna. Tuttavia e pel distretto e per tutto lo stato vi erano de' santuarii e sacerdoti particolari. Ma il potere di questi ultimi era ben più ristretto di quello spettante al sacerdozio presso i Celti. Nè era affidata soltanto ai sacerdoti la cura de'sacrificii comuni, fra cui incontransi pure gli umani, nonchè l'estremo supplizio dei prigionieri di guerra; ma quegli influivano eziandio sugli affari giuridici e politici, presiedevano alle adunanze popolari, ed in guerra era loro concesso non già dagli uomini, ma da Dio di condannare a castighi corporali.

3. *Formazione e costituzione dei distretti* (1). Lo stabilirsi in colonie, cosa che occorre solo in parte nell'epoca storica, ebbe luogo svariatamente. Talvolta è opera di una intera tribù che astretta ad abbandonare le sue sedi (i Tenteri); tal'altra di singoli parentele congiunte in guerra ed in pace; ed anco di condottieri (per esempio Ariovisto) e del loro seguito. Il formarsi d'una colonia in un luogo, veniva accompagnata dalla simbolica presa di possesso e dalla consacrazione.

La terra abitata dai Tedeschi era divisa secondo le varie popolazioni. Ciascuna di queste costituiva una singolare comunità maggiore, uno stato (*civitas*). Il distretto che così veniva pure chiamato (*Gau* — distretto o cantone), andava suddiviso in piccoli cantoni (*pagi*), e ciascun cantone in villaggi (*rici*). Quei popoli non conoscevano città, ma in luogo di queste, de' luoghi fortificati (*oppida*, *castella*). Originalissima è la germanica costituzione de' villaggi, quantunque però vi abbiano intorno tale argomento di molte dubbiezze.

Sulle prime trovavansi de' semplici poderi e villaggi primitivi vicini gli uni agli altri; quelli si estesero parecchie fiata a villaggi, e questi col volgere de' tempi — nel medio evo — si ridussero decadendo alla condizione delle speciali tenute, trasformandosi in beni signorili. Nel villaggio conviene distinguere tre parti: 1. La casa ed il cortile, 2. il il fondo (*Hufe* od *Hufe*), ossia una misura di terra di 30 bubulche o jugeri, che veniva considerata siccome terreno annesso (per sempre o temporariamente) al cortile, 3. il territorio comune (*Almende*). Come era scelto il sito ove fondare il villaggio, ciascun libero membro di quella unione otteneva tanto terreno che fosse sufficiente ad erigervi la casa per l'abitazione nonchè i fabbricati attinenti all'economia rurale, e conseguente-

(1) V. su ciò l'opera principale di G. L. de-Maurer, introduzione alla storia della costituzione di stato, di corte, di villaggio e di città, nonchè del pubblico potere, Monaco 1864. Confronta pure *Faiz*, luo. cit. p. 19; *de-Bethmann-Hollweg*, sui Germani avanti l'emigrazione dei popoli, 1880; nonchè un buon articolo che può servire di guida in tale argomento, scritto da *Bluntschli* ed inserito nella *Rivista critica della legislazione tedesca*, vol. II, p. 291.

mente anco lo spazio conveniente per un orto. Questo complesso chiamavasi casa e corte, e formava in ampio senso la sua *esclusiva proprietà*. Ma ad ogni libera persona della comunità veniva data anco una parte di campagna, e questa era la *Hube* od *Hufe* (*hoba*, che in seguito fu nei libri giuridici chiamata *sors*, *portio*). Intorno a tali porzioni non si conosce per anco con certezza, se desse costituissero una permanente proprietà separata dalle altre, ovvero se sovra di loro non vi fosse che un possesso annualmente mutevole. Le testimonianze di Cesare⁽¹⁾ ed di Tacito se pur vogliansi considerare senza preconcetta opinione, si lasciano benissimo unire e trovansi concordi in questo: 1. che gli antichi Germani non conoscevano un privato possesso campestre, e 2. che ogni anno veniano cangiando i fondi. In oltre soggiunge Cesare che l'assegno annuale del terreno faceasi per mezzo del magistrato (*magistratus ac principes*). Tacito in un passo variamente interpretato dice che nel prendersi possesso in sì mutevol guisa della marca campestre della totalità, il che

(1) Cesare de b. g., dopo aver riferita la stessa cosa de' guerrieri Svevi IV. 1, dice IV. 21 dei Germani in generale (eccelluate alcune popolazioni non troppo lenule all'agricoltura): *neque quisquam agri modum certum aut fines habeat proprias: sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum qui una coherint, quantum et quo loco visum est, agri adtribuunt, atque anno post alio transire cogunt. Tacitus, Germ.* 28, così esprime: *agri pro numero cultorum ab universis in vices (in vicem, secondo altri pregevoli manoscritti) occupantur quos mox inter se secundum dignationem partiuntur. Facilitatem partiendi camporum spatia praestant, arva per annos mutant et superest ager*. Questo passo riprodotto anche da Grimm. R. a. 1828 p. 498, come oscuro, ricevette dai moderni varie interpretazioni. Sulle diverse maniere di spiegarlo e sulle opinioni relative vedi Orellius (che ne trattò compendiosamente) *Taciti opera*, Turici 1848, tom. II, p. 363, e specialmente Eichhorn luo. cit. § 14; de-Sybel luo. cit. p. 8.; Waitz luo. cit. p. 23. de-Bethmann-Hollweg luo. cit. p. 10. Non riesciendo io a scorgere una essenziale differenza nelle relazioni di Cesare e di Tacito, e siccome quest'ultimo si sarebbe indubbiamente espresso con maggiore chiarezza, quand'egli avesse voluto dissentire da Cesare, così tengo con Sybel, Bethmann-Hollweg, Maurer ed altri, che anco Tacito non ammetteva presso i Germani il perenne possesso delle marche campestri; e tale rapporto risponde pure alle relazioni sussistenti in una nascente e semplice civiltà. Sybel, luo. cit. osserva: « In tacito gli schiarimenti e le analogie non occorre cercarle molto lungi; io vi indico la memoria di Hansen citata da Dahlmann (Falke, nuovo magazzino civile dello slato, vol. 3 e 6), intorno i rapporti fondiarii danesi nel principio del medio evo, nei quali comparve lo stesso cambiamento, quantunque sussistessero tuttavia le conseguenze sue; memoria che tratta pure della condizione attuale di alcuni distretti di Hunsrück, in cui tutto il terreno appartiene al comune che lo assegna ai privati in parti, per 3, 5, e 10 anni. Ivi, come fu già il caso nella Danimarca, ciascuno può economizzare, vendere, trasmettere agli eredi la propria quota, ma solo in quella guisa che è acconsentita dallo statuto della comunità. » — « Dei paralleli di quanto espose Cesare, recò in mezzo anche Zeuss trattando della condizione di popoli Slavi e di singole razze celtiche. »



faceasi secondo il (diverso) numero dei capi di famiglia (*pro numero cultorum*), riguardavasi anco al grado più o meno elevato (*secundum dignationem*), e che però quelli che trovavansi in una posizione più onorevole ricevevano eziandio maggior quantità di poderi (*Hufen*). Di più osserva egli che dopo la partizione delle marche campestri, rimanevano ancora indivisi dei campi (*et superest ager*), come maggese od altro di simile per uso del pascolo. Ma nè Cesare nè Tacito ne dicono se mutando i campi, le comunità si muovessero d'una in altra contrada, o se il cangiamento avesse luogo nella stessa marca campestre. Il primo modo può essere benissimo avvenuto a' tempi di Cesare, in cui succedeva più grande movimento tra le popolazioni tedesche; e l'ultima foggia sarà forse stata costumanza alla età di Tacito, il quale per fermo ne espone maggiore stabilità e rapporti meglio ordinati. Del resto non è dato per nulla indicare e descrivere il passaggio al possesso fondiario privato, quale al postutto lo si riscontra dopo l'emigrazione dei popoli; dal che ne segui che molti avvisassero sussistere fino dai tempi di Tacito. Ma il cangiamento giuridico si lascia spiegare dalle somme modificazioni avvenute nei rapporti della vita.

Nella fondazione del villaggio è dato riconoscere una proprietà esclusiva al carattere germanico, poichè il tedesco nello assiepare ed isolare i cortili, accenna di voler serbare nella comunità del villaggio una vita di famiglia indipendente (1).

4. *Rapporti di persona e di condizione.* Secondo lo stato delle persone vi aveano *discendenze libere, non libere e nobili*. La libertà avea per sua espressione l'abilitazione a portare le armi, e quegli a cui era acconsentito un tal dritto avea voce nell'adunanza popolare (2). Essa libertà era riposta nell'essere tenuti ad obbedire soltanto alle magistrature elette nelle ragunanze del paese, e nel venire giudicati esclusivamente secondo le costumanze o le leggi di comune accordo stabilite da persone di pari grado. Dalla libertà dipendeva nella comunanza l'onore.

(1) Tacito *uo*: *Vicos locant non in nostrum morem, connexis et coherentibus arditibus; suam quisque domum spatio circumdat*. Blunschli, *luo. cit.* p. 207, osserva giustamente che al contrario dell'ordine campestre romano, ove per l'assoluto dominio individuale del campo, si palesa l'esterna unità del villaggio nell'addossamento delle case; e differentemente dai villaggi slavi, ove le case trovavansi congiunte a due a due, non altrimenti che tante famiglie di fratelli; il villaggio tedesco anco nella comunione accenna alla tendenza di serbare l'indipendenza delle famiglie.

(2) L'opinione di Waitz, *luo. cit.* p. 30. (alla quale accede anche Walter p. 8 e segu.) giusta la quale il diritto al votare sarebbe stato inerente al possesso fondiario, non trova alcun fondamento nè in Cesare, nè in Tacito, chè più presto potrebbeasi da quest'ultimo c. 13 desumere il contrario. Quella veduta pare non risponda agli antichi rapporti, avvegnachè appena appena è dato l'immaginare che il seguito di un principe possente, seguito influentissimo e composto di libere e nobili persone non avesse avuto alcun voto nell'adunanza. Del resto è però verissimo che dopo l'emigrazione dei popoli dominò siffatto principio.

Servi erano gli appartenenti ad alcuno, ed i fittaiuoli ai quali di consueto rilasciavansi piccole porzioni di terreno, dietro determinate contribuzioni ovvero servigi in favore dei loro signori. Rappresentati dai loro signori, non avevano dessi voce di sorta nel comune, e nemmeno un magistrato che li proteggesse contro i padroni. Precipua origine a siffatto stato si fu la prigionia e la vittoria bellica; come trovasi pure fuor d'ogni dubbio che i Germani avanzandosi vincitori nelle sedi dei Celti, riducessero molti di questi in propria dipendenza. Siffatto stato personale nasceva molte volte anco per debili incontrati al giuoco. Questi servi venivano quindi venduti all'estero (1). Troncare poteasi la servitù col l'emancipazione, la quale però non traea seco tutti i diritti del libero; solo presso quelle tribù germaniche le quali trovavansi sotto la signoria di regi, era concesso ad un emancipato sollevarsi mercè d'un impiego fin sovra i liberi.

Tra le libere persone emergevano certe *nobili discendenze* formanti una stirpe ereditaria (2), le quali andavano distinte dalla ordinaria categoria dei liberi, specialmente per un maggiore contributo d'armi. Rimane ancor sepolto nelle tenebre se esse originassero da istituzioni sacerdotali, alla quale ipotesi non avvi però verun' appoggio storico, o se venissero dalle cariche di condottieri divenute ereditarie nell'esercito o dal potere di più vasti possessi, o dalle stirpi regali, oppure da parecchi di questi fatti presi complessivamente.

Con tali nobili schiatte, sussistevano eziandio per i distretti dei principi disrettuali (*principes*), i quali venivano scelti nell'adunanza popolare onde servissero di giudici giuridici. Del tutto erronea opinione la è quella di ritenere che non fossero eleggibili se non i soli nobili, però che anco le altre ordinarie libere persone potessero essere elette. Tuttavia mercè di tale elezione conseguivano i principi anco l'esclusivo diritto di tenere un seguito guerriero, cui in fatti tennero in guisa tale che pare occasionasse il primo moto a non pochi conquististi.

5. *Vincolo di famiglia.* Secondo il concetto tedesco è la famiglia che forma un membro della comunità, non solo un legame di privato diritto, ma eziandio un vincolo pubblico giuridico, però che abbracci non soltanto i consanguinei (3) ma benanco gli affini, per matrimonio, ed in pace si mostri efficacissima come parentela (4), e, rotta la pace, sia nelle guerresche faccende influentissima per la *vendetta di sangue*. Due cerchie convien distinguere nella famiglia; una più lata ed un'altra più

(1) Tacito 24.

(2) Vedi su questo più diffusamente *Waitz* I, 68 e segue.

(3) La tutela fu coordinata, anche nell'espressione, secondo i membri della parentela. Vedi specialmente *Leo*, lezioni sopra la sto. d. popol. ted. I, p. 183.

(4) *Sippe*=parentela, viene da *sibba* ed indica ed i rapporti di pace, e la consanguineità, com'anco specialmente il commercio, la convivenza; in somma, persone legantisi, vincolo della vita. Confronta *Leo*, loc. cit. p. 183.

stretta. A questa è capo il padre di famiglia, che esercita specialmente il diritto di tutela (*Vormundschaft*-tutela *mundium* da *munt*, che primitivamente significava *mano*, epperò di pari senso della *manus* dei Romani) verso i di lui soggetti: la moglie, i figli ed i servi. Il padre di famiglia si avea anco il diritto di punizione, come pure di accogliere nella casa il nato, oppure d'esporglo. Tuttavia l'insieme de' parenti contrapponeva una specie di sorveglianza per cui vigilava sui capi della casa, e però offriva una maniera di consiglio o giudizio di famiglia (1). I consanguinei, i quali per lo più abitavano in vicinanza gli uni agli altri, porgevasi vicendevole assistenza nelle osilità ed in giudizio (coadiutori di giuramento).

A monogamia era coordinato il *matrimonio*; e solo per eccezione occorre presso le generazioni nobili ed i principi la poligamia (come in fatti più tardo gli stessi Merovingi malgrado fossero cristiani, aveano più donne). Le nozze legittime vennero originariamente fondate per compera (non altrimenti che presso i Romani per *coemptio*), mercè la quale l'uomo conseguiva il diritto di tutela (*munt*) sulla donna che non avea possanza di difendersi di per se sola, per lo che le era mestieri il rimaner sempre sotto il potere tutorio del padre, di un parente o del marito. Alla stipulazione della compera tenea dietro un banchetto di oblazione (simile alla *confarreatio* dei Romani), e da *Mahl* (banchetto) e *Hochzeit* (nozze) il marito e la moglie si chiamarono *Gemahle* (sposi); quindi seguiva la tradizione della sposa allo sposo. Oltre al prezzo di compera (*pretium*) che sborsavasi nelle mani del signore che al momento precedente le nozze trovavasi rivestito del potere tutorio sulla fidanzata, il marito facea alla moglie il mattino subito dopo le nozze un dono (*Morgengabe*, da *Morgen*-mattino, e *Gabe*-dono); oltre a ciò egli le assegnava come dedica una somma pel caso di vedovanza (*Wittum*, che però non deriva da *Witwe*-vedova, ma da *Widmung*-dedica). La dote che la donna recava dalla propria famiglia chiamavasi *Phader-phium* (bestiame del padre, *pecunia paterna*). Non poteasi stringere valido matrimonio tra liberi e non liberi. Per tale unione la persona libera cadeva sotto il diritto tutorio del padrone del non libero. Negli antichissimi tempi era dato all'arbitrio dell'uomo di sciogliere il matrimonio col ritirare il proprio diritto tutorio. — Le viete tradizioni ne rappresentano ancora il primo costume, comune cogli Indiani, di abbruciare le vedove col cadavere del marito; come pure si crede dover far risalire a' tempi delle trasmissioni dei popoli (e ciò s'accorda con altre notizie e leggende), il barbaro costume (come presso i Massageti) di uccidere gli ammalati incurabili ed i vecchi infermi, nel che ben di rado acconsentivasi a chi voleasi uccidere di manifestare liberamente in proposito il proprio desiderio (2).

Per quanto spettava ai *rapporti de' beni* tra i coniugi, non ritrovasi

(1) Dunque ugualmente che presso i Romani ed altri popoli italici.

(2) Vedi *Leo*, luogo sovra citato, p. 157.

per nulla la comunione delle sostanze nel concetto dell' antico *Mundium* (1), avvegnachè essa sorgesse ne' tempi posteriori. Avea la donna il proprio patrimonio separato composto del dono del mattino (*Morgengabe*), nonchè di quanto avea d'essa recato in dote; quantunque all' uomo in forza del suo *mundium*, fosse serbata l'amministrazione e l'usufrutto di tali cose. Del resto veggiamo essere dalle prime leggi del prossimo periodo assicurata alla donna sopravvivenza, una parte dei beni che ella si era acquistati colla propria industria.

In stretta colleganza colla famiglia, trovavasi appo i Germani il diritto *ereditario*. Ignoto il testamento non altrimenti che i patti successori (2). Base al redare si considerava la consanguineità, però che fosse talmente intima l'unione tra consanguinei, da tenersi per mancanza di affetto il sottrarre loro l'eredità ad essi spettante. Quanto sappiamo dell' antico, non rischierà per nulla il positivo stato della successione ereditaria. Probabilmente, come pare si abbia a desumere dal diritto di consanguineità, la successione ereditaria la era una pretta *successione di parentela*. Ed in seguito si manifesta presso tutti i popoli tedeschi una preferenza della stirpe maschile sulla discendenza delle femmine, onde più s'ate i figli escludevano le figlie. Codesto è poi a ritenersi malgrado che Tacito non accenni a siffatto privilegio.

Oltre l'unione di famiglia riscontrasi sovente un'altra colleganza di veri liberi consociati di dieci in dieci, e per questi ed altri legami offresi una così detta solidale malleva dei membri del consorzio, per il pagamento delle multe penali in cui fosse incorsa una persona appartenente ad essa associazione. Non è però certo che simile istituzione si conoscesse nell'*epoca antica* (3). Anche i rapporti gentilizi, simili ai romani, non sussistevano (4). Le corporazioni di artefici (*Gilden*) si formarono soltanto più tardi collo estendersi dei rapporti della vita.

6. *La Costituzione*. Ugualmente organizzato ed in pace ed in guerra trovavasi il popolo, epperò avea una sola costituzione. L'esercito era coordinato a centurie, formando ogni cento uomini una divisione; nè manco è improbabile che originariamente essi pure i più piccoli distretti fossero riuniti di cento in cento (5). Come il popolo era l'esercito e l'adunanza popolare componeva il giudizio, così il giudice dovea pure essere il condottiero dell'esercito.

L'assemblea popolare veniva ugualmente foggata secondo le sezioni

(1) *Grimm*, antichità giuridiche, 449.

(2) *Tacitus* 20. Haeredes tamen succesorisque sui cuique liberi; et nullum testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patru avunculi. — Vedi *Eichorn* § 65. *Grimm*, idem, § 407, 472. *Zöpfl* II, 2, § 112.

(3) V. la confutazione di *Waitz*, p. 225.

(4) Tale opinione di *Sybel*, § 1, 2, 3, venne confutata da *Waitz*, I, 219 e segue, nonchè da *Bethmann-Hollweg*, p. 36 e seg.

(5) Vedi *Waitz* I, p. 32-37, e *Walter* p. 12.

di una gente, in guisa che le centurie, il distretto e l'intero popolo si avessero le loro ragunanze, ed in tale opinione ne è forza venire malgrado che Tacito pare non accennasse se non alla riunione del popolo.

Quest'ultima, la comunità del paese (*thiodmål*) si avea nelle proprie mani il legittimo potere politico. Tali comunanze si eran quelle a cui soltanto mandavansi gli inviati delle singole popolazioni (ciò che Tacito, 39, narra esclusivamente per i bauchetti di oblazione). Ad esse spettava il trattare dei più importanti interessi dei paesi i quali aveano dritto di dare o no l'assentimento a nuove leggi; decidevano della pace e della guerra: e portavano giudizio sulle accuse penali contro i liberi, laddove gli affari di minor momento erano di pertinenza dei principi dei distretti. Del resto anco nelle maggiori bisogna devolute ai comuni del paese, ad ogni sanzione andava premessa una discussione dei principi distrettuali (1). In ciascuna provincia il principe del luogo presiedeva all'amministrazione della giustizia sì che la centuria vi ritrovava il suo giudizio (2).

Maniera della guerra. Da ogni territorio più piccolo toglieansi cento liberi uomini atti alle armi. I guerrieri anche durante la pugna venivano aggruppati secondo la famiglia e la parentela (*familiae et propinquitates*). Il condottiero (*dux*) di tutto l'esercito veniva eletto dall'adunanza del paese, o tratto a sorte come fu più tardi costumanza de' Sassoni. Dei sacerdoti accompagnavano l'esercito, onde trarre gli auspicii e regolare la bellica disciplina; epperò ad essi spettava in tale occorrenza il diritto di punizione.

Il seguito (*comitato*). Oltre a tale schiera guerresca aveavi pure un corteggio del principe distrettuale, corteggio il di cui essenziale carattere conveniva fosse una fede ed un attaccamento illimitato, e cui il principe sceglieva dal celo dei liberi giovani ed uomini spontaneamente offerti, a quali poi conferiva il grado a norma del valore e del merito. Ma questo servizio non restringeva nè libertà nè onore, ed anche de' nobili ad esso arrolavansi. In tempo di pace una tale eletta formava una scorta d'onore; in guerra avea una speciale posizione, e sua gloria si era un luminoso coraggio. Siccome al capo non era concesso cercar guerra di proprio arbitrio (3), così in seguito alla lunga pace, e per non essere sostenuti, i comitati si sciolsero.

(1) In siffatta discussione preventiva de' principi distrettuali, e nell'unità in che essi per tal modo riescono, scorgesi di leggeri una moderazione sostanziale, quando non vi si riscontri un signoreggiamento, della idea democratica, come fa mestieri di ravvisarla nelle consulte preliminari del senato romano, e del consiglio dei 400 (*βουλή*) nelle costituzioni di Solone.

(2) Tacito c. 12, parla di 100 seguaci componenti il consiglio del principe distrettuale. Ma questo gli è per fermo un errore di Tacito il quale prendeva per una consulta, ciò che invece componeva il comune istesso. Vedi *Bethmann-Hollweg*, luo. cit. p. 47.

(3) Questo punto importante e decisivo a giudicare il carattere del corteo, venne posto in luce specialmente da *Wailz* I, 194 e seg. e da *Roth* e p. 17. e seg.

Questo sistema di corteo contrasta vivamente con tutto l'altro ordine democratico. Laddove qui avviene che ogni cosa si stabilisca movendo dal basso all'alto, colà invece di proprio arbitrio un solo coordina persone e rapporti. In oltre una istituzione di seguaci divenne pericolosa alla comune libertà la quale fomentava la bramosia della guerra, originando parecchie conquiste; e più tardi essa libertà ne fu anco distrutta.

Reame. Nell'epoca storica ne si offrono le popolazioni tedesche alcune organizzate in liberi comuni del paese, altre (come i Marcomanni, i Quadi, i Brutteri, i Goti, i Suioni, o Svevi) rette dai re. L'origine del reame presso alcune genti storicamente si determina, presso altre invece si perde nelle più remote età. Varie sono le opinioni sovra un tale cominciamento. Del resto molteplici si furono le cause che ingenerarono una tale istituzione e nei tempi anteriori, e nelle epoche posteriori, avvegnachè in generale si modificassero in armonia alle circostanze ed ai rapporti diversi. La onoranza somma in cui venne una special stirpe nobile per una lunga serie di valorosi e benemeriti capi, congiunta alla opinione germanica che si trasmetta col sangue anche l'anima dai genitori ai figli, fe' certamente fin da principio che in diversi luoghi si eleggesse costantemente il supremo duce da una determinata generazione. Nè da ciò convicne sceverare l'influenza della dignità del sacerdozio congiunta alla direzione più elevata. Ma mancandone completamente qualsivoglia elemento storico onde rannodare la nobiltà al sacerdozio, così non sappiamo come si possa legittimamente tenere il reame per uno sviluppo ed una segregazione del sacerdozio (1). Forse il più delle volte e nel progresso del tempo venne occasionata la fondazione del potere regio da lotte intestine e con estere genti, dal riunirsi di parecchi popoli, dalle emigrazioni durate lungo tempo e dalle belliche intraprese nonchè da gagliardi sconvolgimenti e dall'esempio di popoli limitrofi. Per il che torna stranissima l'ipotesi che deriva principalmente dai comitati, la istituzione monarchica. Può essere benissimo che il corteo a tal forma porgesse parecchie volte occasione, ma vi avrebbero pur sempre dovuto acconsentire i connazionali. Nè infondata si è l'opinione che ai prischi tempi fossero re soltanto i più vecchi delle speciali generazioni o centurie, nè sostanzialmente diversi dai *principes*, i quali avrebbero formato la *stirps regia*, per la qual cosa l'antica dignità regia sarebbe sorta dallo stato delle schiatte, e la posteriore offrirebbe come produzione di energia romana sviluppatasi sotto l'influenza della civiltà

(1) Gli è caratteristico alle stirpi germaniche come in generale alle schiatte più importanti indo-europee, che la dignità sacerdotale come si ritrova congiunta nella famiglia col capo di questa, e nel comune nonchè nel distretto coll'antesignano, così pure sia inerente al re, ma ciò solo in seguito alla sua posizione politica e sociale. Impertanto conviene indubbiamente riguardare il Sacerdozio per l'ulteriore sviluppo dei rapporti della vita, piuttosto come una segregazione dal potere del signore, che viceversa.

latina (1). Siccome in generale il ritenere un partimento dedotto, secondo il costume del Lazio, delle generazioni del ceto gentilizio quale unione civile ma non di parentela, sembra insostenibile sentenza; così immaginosi venisse il reame da altre e complesse maniere, sulle quali avrebbero non lievemente influito ed il cristianesimo e l'idea romana.

I gradi della regia podestà non erano uguali presso tutti i popoli. Quantunque alcune genti settentrionali (com'è a dire dei Goti ed ancor più degli Svedesi e Suioni) ammettessero una possanza superiore, non però tale da porre inceppamenti alla libertà del popolo (*nondum tamen supra libertatem*, Tac. 43), pure presso la maggior parte di esse aveavi una costituzione limitante la regale autorità. In tutti gli esempi conosciuti da noi, spettava al re il guidare come duce l'esercito del popolo, ed il presiedere non altrimenti degli altri principi ai giudizi. Venia per vero nelle adunanze popolari sentito a preferenza il consiglio suo (*actoritate suadendi magis quam iubendi potestate*, Tac. 41), ma la decisione era di diritto del comune.

Eredità ed elezione andavano siffattamente congiunte nel regio potere, che il popolo eleggeva sì, ma entro i confini d'una stirpe determinata, in guisa che la elezione la non fosse nulla più d'un riconoscimento di quegli che per le qualità proprie fosse meritevole di quella carica (2).

Diritto penale. Fin da più remoti tempi distinguevano i Germani i crimini che erano immediatamente volti contro la massa della comunanza (*proditores, transfugæ*), o che manifestavano la scelleranza di un individuo (*ignavi imbelles, corpore infames*), cui punivansi con varie maniere di morti; da quei misfatti per cui non veniva lesa da presso se non una determinata persona (3). In quest'ultimo caso intromettevasi il giudizio assecondando l'*inchiesta* dell'offeso o de' parenti suoi, ed imponeva una multa (*mulcta*) la quale graduavasi in varie somme secondo le circostanze, e che per una parte spettava a colui che avea patita l'ingiuria ed il danno, e pel resto al comune od al re. Malgrado tale costume in certi speciali eventi, specialmente come trattavasi di reati che poteano originare turbamenti della pace, era acconsentita la *vendetta* (4), che poteasi estendere fino alla morte del delinquente. Del resto i congiunti non trovavansi obbligati a prender parte nè alla vendetta nè alla difesa (5), e per niuna guisa può appoggiarsi l'opinione d'un universale diritto di ostilità, il quale suppone l'assoluta mancanza d'ogni vincolo sociale (6). Una special maniera di vendetta veniva costituita dalla *vendetta di sangue* occasionata dall'uccisione, a punire la quale la famiglia e specialmente i

(1) Contro quest'opinione di Sybel, vedi *Waltz II*, 14. *Watter* § 24.

(2) I Carolingi accordarono pure più tardi un voto al popolo, come trattavasi della successione; vedi *Bethmann-Hollweg*, p. 84.

(3) Tacito, 12.

(4) *Eichhorn I*, § 18.

(5) *Waltz I*, p. 209.

(6) *Waltz I*, p. 191.

consanguinei maschi dell'ucciso erano tenuti. Che se tornava a questi di andare contenti col danaro di espiazione (*Manngelde*), veniva il misfattore citato e costretto a sborsare la somma innanzi al comune, al che teneasi garante la famiglia (1).

Da questi tratti fondamentali si scorgerà una comunione organizzata in rispondenza ai semplicissimi rapporti della vita (2), la quale però dietro l'emigrazione dei popoli, e pel suo confondersi con eterogenei elementi, riceverà una essenziale modificazione.

(1) *Walter* § 17.

(2) *Roth* al luogo citato riassume esattamente il carattere dell'antica costituzione germanica colle seguenti parole: « Le popolazioni tedesche prima dell'emigrazione non avevano soltanto delle istituzioni di stato, ma ben'anco un sistema comunale molto meglio organizzato, che non si avessero tutti i popoli antichi, od i moderni si abbiano, ad ugual grado di civiltà. Presso di esse non veggiamo giganteschi un ceto nobile, sforzantesi a trarre a sé solo qualsivoglia privilegio del cittadino ed avere ogni vantaggio veniente dal possesso fondiario, ma che indi cedendo alle minacce si lascia strappare ad uno ad uno tutti i diritti dalla plebe più numerosa, travolgendo di tal guisa lo stato nella propria rovina. Non scorgesi una sfrenata signoria del popolaccio come ad Atene; od un rozzo reggimento soldatesco quale offresi a Sparta, ove lo sciagurato Iloio serve di bersaglio ai figli del suo padrone; nè trovasi finalmente il veggaiusco despotismo dei nomadi asiatici, ove il carnelico è l'impiegato supremo; ma invece vi riscontriamo l'uguale dignità di tutti i liberi, la quale forma la base dello stato germanico. Verun privilegio politico gode la nobiltà sugli altri consorti di stirpe; scelte dal comune le autorità, non rivestite di poteri arbitrarii, ed anzi a quello responsabili. La efficacia loro manifestasi solo ove trattasi di un interesse comune, in guerra, nell'amministrazione della giustizia e nelle adunanze del popolo. Il tutto è vivificato dello spirito di libero reggimento. Come l'individuo governa la famiglia propria, non altrimenti reggonsi di per sé il villaggio, il consorzio delle marche, il distretto. Tuttavia un tale organismo formato di molti membri non ha da desiderare un centro. L'adunanza del popolo composta di tutti i liberi, si è la suprema potestà della stirpe, e a lei viene affidata la direzione del tutto. Del resto la sua conformazione stessa, rende impossibile ogni abuso o danno della comune libertà. Somma saggezza nel procedimento degli affari, non professi i dibattimenti, semplici le mozioni per parte dell'autorità, senza ambagi ma schietta l'accettazione od il rifiuto dal lato del comune. Per il che esclusivamente presso le sole tribù germaniche veggiamo la costituzione democratica far luogo alla monarchia ma non per forza di sanguinosi perturbazioni, nè perchè un possente aristocratico s'arrogasse od usurpasse la somma delle cose, ma bensì dietro spontanea elezione del popolo. Quindi formossi un reame, che non era un disonorevole despotismo ove *princeps legibus solutus est*, ma una istituzione in cui la autorità principesca audaci rassodando finchè elevossi ad una vera monarchia. All'incontro il sistema cellico cui noi veggiamo col nostri occhi stessi spezzarsi ed impudridire (?), percorre la via opposta.

I motivi della posteriore riforma non sono come a Roma, da cercarsi nella natura della costituzione. Ed io il vado trovando non nel regresso del comune popolare, onde non potea seguirne nulla più d'un incremento del po-

SECONDA PARTE

Prospetto della storia dello impero e del diritto germanico dopo la calata delle stirpi alemanne nell'impero romano, sino all'epoca più recente.

Proemio. Il seguente prospetto storico dello impero e del diritto, nel quale non verrassi esponendo se non il processo dello svolgimento ed il carattere predominante della vita giuridica in ciascuna età, quale esso manifestossi nei fatti principali, si divide in tre grandi epoche: 1. dalla calata delle stirpi germaniche nell'impero romano fino alla completa e stabile separazione della Germania dal regno franco-occidentale, 888; 2. fino alla fondazione della pubblica sicurezza per Massimiliano I, 1495; 3. fino allo scioglimento dell'impero 1806; la successiva epoca ancora in corso toccherassi solo a foggia di appendice.

Questa storica esposizione verrà allo scopo enciclopedico tripartita secondo le tre sfere: 1) dei rapporti pubblici; 2) delle fonti giuridiche; e 3) dei rapporti precipuamente giuridici privati (1).

Primo Capitolo.

Prospetto dello sviluppo storico dei rapporti pubblici giuridici.

EPOCA PRIMA.

Dall'emigrazione fino all'888.

Questa età abbraccia principalmente la calata nelle provincie romane, la emigrazione dei popoli, la fondazione de' nuovi stati alemanni, e l'esterno riunirsi di questi sul continente, imperando Carlo Magno.

tere regale, ma scorgoli nel malaugurato influsso che sovra i rapporti tedeschi esercitarono le istituzioni romane e celtiche. Le quali innanzi tutto osteggiarono il diritto alemanno sui beni, ed ingenerarono un totale sconvolgimento nella distribuzione del possesso fondiario. Della qual cosa è immediata conseguenza la soppressione del ceto libero, ed il formarsi d'un indomita ed audace aristocrazia, traditrice de' superiori suoi, brutale contro i soggetti. Nè fu già la posizione insulare, ma la mancanza dell'elemento romano e celtico, quella che serbò sotto certe proporzioni libera e felice l'Inghilterra. »

(1) Ora m'allontano di bel proposito dal modo di trattazione serbato nel diritto romano, avvegnachè a motivo della maggiore importanza che qui offre l'argomento, convenia porgere il prospetto dello sviluppo dei rapporti pubblici giuridici alquanto più estesamente ed in armonica connessione. Anco in una dettagliata esposizione della stessa storia dell'impero e del diritto, una tale partizione (simile p. e. a quella di Zöpfl) porgerebbe non pochi vantaggi.

§ 1. PROSPETTO DELLA STORIA ESTERNA.

Rimpetto al sistema romano, erano gli Alemanni i banditori d'un nuovo mondo di giovinezza e libertà, e prescitt dalla provvidenza a fondare un ordine novello morale e giuridico, nonchè a serbarsene i rappresentanti. Non erano per fermo i Celti quelli che avessero la missione di infondere novella vita nel languido corpo romano. I loro ordini di stato specialmente nelle Gallie, malgrado una precoce civiltà, cadevano in completa dissoluzione però che in decadenza si ritrovasse la comune libertà, e superchiante il ceto nobile e l'antico sacerdotale. Facea a quelli mestieri di nuova forza vivificante, di coscienziosa libertà, nonchè del concetto di persona, quale anche presentemente anima le stirpi germaniche, se pur volcasi che la gallica vita di stato riconfortata da un nuovo principio, elevasse sulle macerie delle antiche cose, più acconcie istituzioni. La tendenza di emigrare che spingea le schiatte almanne verso l'impero romano, fecesi sempre più gagliarda dopo il 113 a. Cr. quando per la prima volta si udì in Italia il terribile grido dei Cimbri e dei Teutoni. Tali emigrazioni durarono intorno a 7 secoli, dalla mossa dei Cimbri sino allo stanziamento dei Longobardi in Italia. Il contatto coi Romani, che in parte era d'indole pacifica, in parte guerresco, fece che s'innoltrassero sempre più nell'impero. Consideriamo innanzi i fatti di maggiore momento.

Avanti la trasmigrazione dei popoli, la vaghezza di guerre consigliò alcuni, perfino de' figli di principi, come fu d'Arminio, ad entrare fra le schiere romane. Ed anco delle stirpi, serbanti però la propria indipendenza, vennero accolte nello impero, e ricevettero per corrispettivo dell'assuntosi obbligo di militare servizio, alcuni terreni sui quali i coloni (*lati dediticii*) rimaneano personalmente liberi formando sotto i proprii capi dei piccoli comuni. Fin dalla metà del terzo secolo incontransi dei Germani nelle cariche romane di stato, e nelle somme dignità dell'impero. Gli stessi principi alemanni, come il vandalo Stilicone (tutore di Onorio, 393) e lo svevo Ricimero salgono a grandi poteri, ma non per anco ne usano onde trarre a sè il dominio; ma alla fine Odoacre il principe degli Eruli, per la dimissione dell'imperatore, 476, distrusse pure lo splendore esterne. Del resto l'impero romano si fu in generale più scomposto e rotto internamente, che non venisse distrutto dalla violenta conquista dei Germani. Dopo l'insurrezione batava avvenuta sotto Claudio Civile contro i Romani 70 d. Cr., tutto l'impero si compose in una pace che durò fino alla guerra chiamata dei Marcomanni. Questa lotta, la cui origine non è per anco rischiarata sufficientemente e che venne tronca da Commodo 180 d. Cr., pare fosse la causa che le piccole popolazioni germaniche, perdessero i loro nomi stringendosi in maggiori colleganze di stirpi ed in vaste confederazioni, come infatti intorno al 213, ne si offrono in siffatte riunioni specialmente gli Alemanni, ed in seguito

i *Franchi* nei due rami di Franchi salii e ripuarii, nonché i Sassoni (per la prima volta mentovati da Tolomeo) ed i Goti.

Tuttavia la trasmigrazione de' popoli, che suscitata, 374, da mongolici Unni i quali scagliaronsi prima contro gli Alani, quindi sui due regni dei Goti, si fu quella che occasionò la fondazione di nuovi stati germanici, i quali per varie cause e specialmente per essersi isolati dal grande insieme germanico (come fu il caso dei Franchi nelle Gallie), rapidamente sparirono (1).

(1) In conseguenza della calata degli Unni, l'imperatore Valente, 374, accolse nella Mesia e nella Tracia i *Visigoti*, verso promessa di servire nell'esercito ed abbracciare la religione cristiana. Indi a non molto traversarono essi il regno orientale ed occidentale, si ebbero quivi l'Aquitania per loro stanza, ed ampliarono in cotai guisa il loro regno, che (466-483) estendevasi oltre la Gallia meridionale-orientale, comprendendo pressochè tutta la Spagna.

In Italia Odoacre eletto re dai suoi soldati mercenarii germanici, i quali chiesero indarno per sè la terza parte del suolo italiano, pose fine all'Impero, 476, romano occidentale; ma però riconobbe l'orientale romano imperatore Zeno come signore dell'oriente ed occidente, ed in quanto a sè accontentossi del titolo di patrizio e del reggimento d'Italia. Se non che il novello dominio fu, 493, rovesciato dagli Ostrogoti.

Gli *Ostrogoti* di cui alcune stirpi, 427, passarono nella Tracia, ed altre sotto la salvaguardia degli Unni erano discese, ben presto dopo sciolto il regno degli Unni riunironsi sotto il re Teodorico. E questi adottato in figlio dall'imperatore Zeno, sconfisse Odoacre in Italia e fondò un regno estendentesi oltre questa alle regioni alpestri noriche e retiche, nonché ad una parte della Gallia meridionale. Ma Giustiniano ristabilì in Italia il dominio orientale-romano, e la sua legislazione.

I *Borgognoni* i quali dopo parecchie scorrerie traverso le terre dell'Oder, della Vistola e del Danubio, ed altre calate nell'impero romano, ottennero, 443, la Savoia per vi si stanziare e dividerla cogli indigeni, e che quindi estesero il regno loro alla Gallia meridionale-orientale, vennero nel 534 assoggettati al dominio franco.

I *Longobardi* (*Langbärte*-lunghe-barbe) emigrando dall'Elba inferiore verso il Danubio, penetrarono, duce Alboino, dal 568 in poi come veri conquistatori in Italia, ove nel lasso di un secolo si diffusero su quasi tutta la penisola, fino a quando il loro regno venne rovesciato da Carlo Magno, 774.

Vandali, Svevi ed Alani di origine germanica si spinsero 406 oltre il Reno, e passarono per la Gallia meridionale in Spagna, d'onde i Vandali si recarono, 429, nel nord dell'Africa, fu cui poi vennero vinti nel 533 da Belisario duce dell'imperatore Giustiniano. Gli Svevi fondarono in Spagna un regno che durò dal 411 al 585, e quindi furono ridotti sotto il dominio dei Visigoti.

Angli e Sassoni prepararono fin dal 449 il germanico conquisto della Bretagna, al quale in seguito preser parte anco gli Iuti.

Il duplice modo con cui vennero fondati gli stati germanici nell'impero romano, per acconsentita colonizzazione (come avveniva il più sovente) o per conquista, non mancò d'influenza sui rapporti di stato tra tedeschi e romani, e sulla maniera di partire i terreni. Ed in vero nel primo caso cioè

Maggior storica universale e stabile importanza era riservata a due altre stirpi tedesche, a quelle dei *Sassoni* e dei *Franchi*. Ai primi per il dominio della Brettagna nonchè per avere mantenuto nell'interno costume il carattere e la vita germanica. I secondi a motivo della parte esterna di dominatori, cui essi furono chiamati ad assumere poi che strinsero alle stirpi germaniche e romane, e per la più intima federazione delle schiatte tedesche fra di loro. Noi qui non abbiamo a tenere discorso, se non se dei soli Franchi.

Dai Franchi *salii* muovono quei conquisti che originarono la fondazione del grande impero franco. Questi popoli dimoranti lungo l'Yssel nell'Olanda, e nel quarto secolo soggetti per lungo tempo ai Romani, ne scossero nel quinto secolo il giogo, e vennero a poco a poco ampliando il territorio loro di cotal fatta, che nel 448 estendevasi sino alla Somma. I Franchi ripuarii fondarono nel quinto secolo un reame, la cui capitale era Colonia, reame con cui teneansi in relazione i Franchi stanziati nello interno della Germania. Il re franco Clodoveo I. si fu il primo a fondare il dominio franco nelle Gallie, e sommisse pure i Franchi ripuarii.

Avvenne dopo avere *Childerico*, fratello al re Meroveo che viene considerato siccome il capo stipite della regia dinastia franca, limitato il luogotenente romano Siagrio ad una piccola contrada; Clodoveo (481-511) figlio ad esso Childerico, per la vittoria riportata sovra Siagrio a cui fece puranco subire l'estremo supplizio, divenne signore fino alla Loire ed al Rodano, trasferì la sua sede primieramente a Soissons (più tardi capoluogo della Neustria), poscia a Parigi. Or avvenne che combattendo egli gli Alemanni nella battaglia presso Zülpich 496, sendo incerto l'esito della pugna, facesse voto di abbracciare il cristianesimo, ed avendo ottenuta vittoria si fece battezzare con più di 3000 Franchi, per il che ebbe a rassodare di molto il proprio dominio nelle Gallie, ove egli abitanti ed il sacerdozio trovavansi cattolici. Indi tolse all'ariano visigoto Alarico, 507, tutti i possessi sino alla Garonna, dopo aver di già resosi tributario il re Gundobaldo di Borgogna; e da ultimo avendo tolto di mezzo coll'assassinio e col tradimento tutti i principi degli altri franchi, si elevò a re delle riunite stirpi franche.

della colonizzazione, veggiamo come il rapporto del Romano col dominio germanico fosse sommamente mite, però che a quello fosse accordata non solo la libertà ma eziandio alcune proprietà, dietro la cessione di una terza (Odoacre) ovvero di due terze parti (Borgognoni Visigoti). I Longobardi all'incontro si posero a far violenze, sciolsero le costituzioni municipali romane, ed i Romani se anco rimasero liberi, furono ridotti alla condizione di coloni; e soltanto in progresso di tempo le varie classi dei Longobardi e dei Romani, cioè gli Arimanni ovvero i liberi tributari dell'esercito, i semi-liberi com'è a dirsi degli Aldioni, gli emancipati ed i non liberi colle rispettive classi, si fusero presso i Romani in nuovi ceti comuni, il che venne non poco agevolato dal passare che fecero pressochè tutti i Longobardi alla chiesa cattolica dopo Ariberto, 651.

Di non poca utilità tornerebbe il conoscere il modo di stanziare dei Franchi nelle provincie romane. Ma cotai cosa trovasi avvolta nelle tenebre, nè manco sappiamo se i re di quelle genti distribuissero ad esso scopo dei terreni, e come il partimento seguisse (1). Tuttavia fa mestieri distinguere i tratti di terreno occupati dai Franchi innanzi a Clodoveo, ove probabilmente usavasi ben poca dolcezza alle popolazioni romane loro togliendo a misura de' bisogni degli invasori i fondi, dai luoghi acquistati per Clodoveo, avvegnachè per tali avvenimenti dietro più miti costumi passarono al fisco soltanto i beni della corona, i fondi abbandonati e la terra conquistata per certo in larga misura, ed in parte furono quei possessi impiegati a stanziarvi i Franchi.

Dopo la morte di Clodoveo, l'impero venne più e più volte diviso, e sotto Clotario II. 613-622, novellamente riunito. I due più vicini successori di Clodoveo continuarono le di lui conquiste contro i Turingii, Borgognoni, Alemanni, Bavari, e sopra alcune terre dei Sassoni. Ma dopo Clotario, per la debolezza e malvagità de' dominatori, il potere regio cominciò a piegare a decadenza. Il reggimento passò di fatto nelle mani dei maggiorenni (*maiores domus*), il potere de' quali venne sostenuto contro l'autorità dei Merovingi, dalla gelosia delle altre stirpi germaniche, nonchè dalla brama di indipendenza che agitava i grandi ed i duci del popolo. Ombre di re, la cui vita si fa distinguere soltanto per turpitudine di costumi, per assassinii, guerre civili ed imbecillità, attraversano la scena in fino a quando si compie la caduta della dinastia loro, caduta preparata da Pipino d'Erinaldo e dal di lui figlio bastardo Carlo Martello, il quale mercè la vittoria da lui riportata sui Saraceni, 722, salvò il cristianesimo e lo spirito germanico in Europa. Codesta impresa venne condotta a termine dal figlio di quest'ultimo, Pipino il Piccolo, il quale per desiderio dei principi e coll'assenso del pontefice, dopo che fu deposto e relegato in un convento l'ultimo re Childerico, venne eletto a re nell'adunanza nazionale di Soissons, 753, ed unto da Bonifacio. Così pervenne al trono franco la casa dei *Carolingi*, com'essa ebbe ad essere chiamata ad onoranza di Carlo Magno. In tale innalzamento di una nuova stirpe regale proveniente dall'Austrasia terra tedesco-franca, si riconobbe a ragione una seconda vittoria del principe germanico.

Carlo Magno, 771-814, figlio di Pipino, deve la sua fama nonchè la storica ed universale importanza alla tenacità colla quale si fe' a seguire il grande scopo, di fondere in una suprema unità tutti gli elementi vitali influenti sovra il regno, e di annodare le tradizioni del popolo all'attualità. Così Carlo si fu il riunitore di tutte le stirpi tedesche (ad eccezione degli Anglo-Sassoni e degli avanzi dei Goti nelle Asturie), convertendo il regno longobardo, 774, in una provincia franca, e compiendo dopo 32 anni la sommissione dei Sassoni, i quali, 803, si piegarono alla suprema-

(1) Sulle varie opinioni di Roth intorno ai benefici, p. 63 e seg. e *Walter*, § 49.

zia dei Franchi, e si condussero al cristianesimo. Per il chè dopo la fondazione della marca orientale (da cui forse l'Austria: Oesterreich-austria, da Ost-orient), l'impero di Carlo estendevasi dall'Eyder sino al Tevere, e dall'Ebro fino all'Elba ed al Raab. In riguardo spirituale studiosi Carlo di favorireggiare con tutti gli elementi di civiltà i popoli germanici mercè acconci istituti di educazione. Il punto più luminoso del suo governo si fu la rinnovazione dell'impero romano, avvegnachè papa Leone III, il giorno di natale 800, avendo con lui fatta l'intesa, lo incoronò colla corona imperiale, onde seguiuine il congiungimento anche esteriore del mondo romano e germanico, ebbe a formarsi uno strettissimo nodo tra i due poteri spirituale e temporale, e ad un tempo collegandosi Roma coll'occidente si venne a segregarla stabilmente dall'impero greco.

Dopo la morte di Carlo (ad Aquisgrana, 28 gennajo 814), tralignò ben presto anche la sua discendenza. Il di lui figlio Lodovico il Pio, 814-840, non potè far rispettare uno statuto dell'817 che partiva l'impero in guisa che dopo la morte di esso, il figlio maggiore Lotario avrebbe per sè il domino supremo, Pipino e Lodivico reggerebbero da re le terre loro lasciate. Per la qual cosa i tre eredi dopo la morte del padre si posero a lottare in fra di loro, in fino a quando fu composta la contesa col *trattato di divisione di Verdun* 843, dal quale a veruno di essi accordavasi la suprema autorità. Fra successori loro ebbero luogo poscia ulteriori partizioni. Sotto Carlo il Grosso riunironsi ancora per una volta tutte le terre di che andava composto l'impero. Ma dopo che venne detronizzato alla dieta di Tribur 887, e seguita la di lui morte (13 gen. 888), sciolse per sèmppe l'impero dei Carolingi. Un *reame germanico* indipendente cominciò con *Arnolfo*.

Avvertenza. Quantunque la Francia e l'impero germanico restassero divisi da quell'epoca, tuttavia nella storia apparvero come i principali rappresentanti e serbatori della moderna civiltà. Per il che formarono una siffatta *unità* (1), che si posero sullo stesso cammino nello sviluppo (sistema feudale), e parteciparono in comune ai grandi avvenimenti (le crociate), ed in molte guise sventarono i pericoli che minacciavano distruggere i costumi europei per conquisti di razze straniere (Arabi, Turchi, Magiari, Slavi). In oltre nello stesso svolgimento di interne antitesi politiche e religiose (accettazione monarchico, stato federativo, cattolicesimo, riforme), ebbero luogo tra loro reciproche influenze e reazioni. E però la riforma nella Germania venne per molte politiche ragioni sostenuta gagliadamente dal potere consolidato in Francia; ed alla lor volta le idee di libertà svolte dalla riforma, poscia che questa venne ac-

(1) La opinione sulla suprema unità storica dei popoli discendenti dai romani (non solo dei Francesi) coi Tedeschi, venne primieramente esposta da Ranke in una sua prima opera: « Storia dei popoli germanici e romani » dal 1440-1553 (e quindi trattata più volte).

colta nell'ordine politico dell'Inghilterra, quinci muovendo esercitarono una influenza di non lieve momento sullo sviluppo delle opinioni politiche in Francia. Dal suo canto la rivoluzione francese promosse con somma energia anco in Germania l'abolizione dei rapporti di feudalismo e di servitù, la fondazione d'una vera cittadinanza di stato, corroborò il potere di stato, e fe' che ivi si suscitassero delle condizioni territoriali giovevoli ad un maggior politico concentramento. Del resto in Francia dopo la ristaurazione, sorse un gagliardo spirito di reazione spirituale nella filosofia, storia, scienza giuridica e belle lettere; ma ambo i paesi sono destinati, malgrado conservino la propria autonomia, ad accostarsi sempre più anco nei riguardi politici, fortificandosi da noi il potere centrale, e corroborandosi invece in Francia i singoli membri. — La razza slava che all'alleanza sembra essere chiamata per terza, convien prima si abiliti mercè interna coltura, ad operare esternamente con utilità.

§ II. LE PRINCIPALI MUTAZIONI NELLA VITA DEL POPOLO GERMANICO, DOPO CHE STANZIÒ SUL SUOLO ROMANO.

Intorno al come prendessero stanza popoli emigrati nelle nuove terre, fa mestieri innanzi tutto sfuggire l'errore della prima opinione, cui le moderne indagini completamente confutarono, la quale teneva tal cosa come opera dei comitati (1). Quand'anche questi avessero in qualche guisa promosso e guidato siffatto stanziamento non ne segue per fermo che le guerre d'attacco esclusivamente e precipuamente da essi muovessero, ma bensì, come lo mostrano gli esempi che leggousi in Cesare e Tacito, da intere stirpi. In oltre le truppe ausiliarie germaniche che presero parte alle intraprese di altre schiatte, non furono ordinate e distribuite dai corteggi, ma dalle stesse tribù; nè finalmente le sussidiarie truppe alemane che trovavansi nell'esercito romano componevansi semplicemente di comitati. Quinci ne scende la importante conseguenza, che siccome l'antica vita del popolo germanico come sappiamo da Tacito, manifesta un buon organismo di stato (nel quale i comitati erano soggetti al comune), così pure non furono altrimenti i corteggi od i condottieri di bande (come opinano gli scrittori francesi, Guizot ed altri) che fondarono i nuovi stati e ne determinarono il carattere.

Il cangiamento di maggior rilievo nella vita popolare ebbe luogo dall'abbracciarsi della *religione cristiana*, cui i Germani conobbero mercè il contatto coll'impero romano (2). Ma però cinque secoli occorsero a

(1) La confutazione di simile errore pieno di conseguenze, il quale difonde sull'ordine degli stati posteriori alla trasmigrazione dei popoli una falsa luce (vedi § 3), ne venne porta primieramente da *Sybel*, *luog. sovrac.* p. 15; da *Waitz* I, 141 e seg.; e per esteso da *P. Roth*, *sistema dei benedetti*, p. 22-41.

(2) Già al concilio di Nicea, 325, trovavasi un vescovo goto (*Gieseler*, *sto.*

distuggere il potere del pagano culto germanico; e si durò gran fatica ad introdurre dopo la conversione; non solo le esterne cerimonie, ma in ispecial modo i cristiani costumi. È noto quanta fosse nelle Gallie lungo l'epoca del Merovingi, non solo la sfrenatezza dei re e de' grandi secolari, ma eziandio del sacerdozio. Tuttavia malgrado molti indegni ministri, lo spirito del cristianesimo penetrò grado grado sempre più nella vita giuridica (1). Un senso più elevato venne attribuito al matrimonio. Il diritto de' padri di famiglia germanici, di esporre in certi casi i loro nati, non fu sulle prime possibile limitare — il che è una prova di quanto fosse diffuso questo barbaro costume che avea messe sì profonde radici —, se non collo stabilire de' luoghi determinati, come è a dire soglie delle chiese, affinchè ivi almeno alla cristiana pietà fosse acconsentito indurre alcuno e raccogliarli: fino a quando da ultimo alcuni re punirono la esposizione degli infanti come misfatto uguale all'omicidio. Anco più difficile si fu l'incarnare il principio della libertà di tutti gli uomini — che ha il suo fondamento in Dio —, contro la schiavitù cui non si poté che mitigare e diminuire facilitando le manomissioni. E come il diritto penale largamente si sparse e fu reso più severo dall'accresciuta regia possanza, specialmente nelle Gallie, la voce della religione, non altrimenti che avea fatto innanzi sotto gli imperatori romani, consigliava a mitezza, lueggiando chiarissimamente scopo delle pene essere un possibile miglioramento (2).

Souuamente modificossi la *situazione del regno* nella vita germanica di stato. I re di Tacito non esercitavano durante la pace alcun potere importante assoluto (3). Quindi avvenne che il potere ringagliardisse, ed allora vi ebbero parecchi momenti di somma influenza. Il lungo governo dei condottieri dell'esercito continuato pel volgere della tras migrazione

del conc. 1. 617.) Autorevolissima si fu però la traduzione della Bibbia di *Ulfula* (500-550). Più tardi si passò delle isole britanniche e convertire le razze germaniche nella vera Alemagna (il chò fu particolare opera di *Vinfredo-Bonifacio* che sommamente zelava le ecclesiastiche cose); a ciò pose compimento la sanguinosa conversione dei Sassoni operata da Carlo Magno.

(1) Inloro a ciò abbiamo brevi cenni nel discorso accademico di *Gengler* « dell'influenza del cristianesimo sull'antica vita giuridica dei Germani. » Erlangen 1854.

(2) Trovasi nell'antico diritto del popolo bavarese: « Verun crimine dovras si tenere per sì grave da non potersi condonare in via di grazia la vita al delinquente, e ciò per amore di Dio e per venerazione dei santi, avvegnachè il signore stesso dicesse: a chi perdona verrà perdonato; ma chi non perdona non può sperare indulgenza. » Vedi *Gengler*, discorso sovracitato, p. 18. Vedi *lex Baju.* tit. I, c. 7. 3.

(3) *Gengler* al luogo sovrac. osserva giustamente: « essi erano soltanto re disirettuali e nello sviluppo del loro potere non avanzarono manco d'un passo più in là, dei capi dei comuni Arit antichi indiani, che designavansi coi titolo di « *vicpati* » la cui imagine primitiva continua certamente a vivere nella monarchia germanica. »

dei popoli, dovette avvezzare quei capilani ai larghi privilegi che loro facean mestieri per condurre la guerra; ed i vasti possedimenti fondiarii prodotti della conquista furono maggiormente apprezzati. Dall'essere due distinte le popolazioni degli emigranti, ne seguì che questi si inducessero ad estendere anco ai Germani i fleri modi di dominazione esercitati sovra i Romani; il che verificossi specialmente e prestissimo nelle Gallie, ove i Franchi si trovavano più isolati. A codesto si aggiunse l'influenza dell'unione con Roma e l'attaccamento alle forme di stalo romane (1). Alla fine anco la chiesa si diede ad apporre al monarca tedesco le allusioni della sacra scrittura circa l'autorità. Ma tali raffiguramenti non servirono però sulle prime a far emergere la grandezza morale del regno, ma piuttosto ad avvantaggiarne il potere. Il popolo smarri quinci innanzi sempre maggiormente a motivo d'un trascuratissimo governo, la coscienza della libertà, e non altrimenti dei re trasee i limiti del diritto. Ampliandosi il regio potere, e desiderandosi consolidarlo, si incominciò a raccomandare in mille guise alla scrittura il diritto, e si intese a perfezionarlo (Clodoveo, Gundobaldo). Non più l'adunanza del popolo, ma il re mostrasi pel capo popolare; egli decreta la guerra e la pace, rappresenta il popolo all'estero, nomina gli impiegati sì nel sacerdozio che negli altri ufficii secolari, e li depone a proprio talento. Vasti sono poi i confini della sua autorità ove trattasi di diritto penale e d'amministrazione giuridica. Insomma ei si conduce ad essere il signore della vita de' sudditi. Il principio germanico per cui inviolabile è la libera persona, quand'anco si tratti di atroce omicidio, sparisce. Ove innanzi il potere direttivo er affidato ad antisti a ciò eletti, si devolve invece agli ufficiali regi. La guarentigia popolare convertita in tutela del re, che accoglie eziandio tutte le istituzioni spirituali nel reale *mundium* o *mundiburdium* (per contrazione tradotta in francese *mainbornie*) (2).

L'antica nobiltà germanica che Tacito designava come poco numerosa fu consunta nelle guerre della trasnigrazione, e solo pochi avanzi rimasero nei due ducati di Allemagna e Baviera. All'incontro se ne formò una nuova dallo speciale seguito del re e dagli impiegati di corte, nonchè dalle persone ministeriali. Quello però che accadeva nei due regni noti a Tacito, ove pel favore del re gli stessi emancipati poteano elevarsi sopra i liberi ed i nobili (*ibi enim liberti super ingenuos et super nobiles ascendunt*), avveniva ugualmente in questa età ove anco ai non liberi era concesso nel regio servizio di salire ai più alti onori. Di siffatte persone addette alla corte formossi precipuamente la novella nobiltà.

(1) Waitz II, 120-145.

(2) Vedi § 5. la parola *mundium*, che secondo Grimm, è l'ant. ted. *munt*, cioè la *mano*, sembra esser stata ben presto confusa con *Mund* (bocca), perocchè già la *lex Satica* (in 4 testi presso Pardessus) la traduce per « *verbum* » così *Tit.* 14, § 5: *Si vero puella quæ trahitur, in verbo regis fuerit*; ugualmente per *sermo* come *L. Sal. tit. 39 extra sermonem ponere*; proscrivere. Vedi Zöpfl II, 2. p. 105.

Svantaggio di nociva influenza veniva da' rapporti economici rurali com'erano costituiti in generale nello impero romano, e specialmente nelle Gallie, ove essi distrussero pei primi l'antico ordine germanico dei Franchi e quindi recarono delle modificazioni sulla Germania (1). *Latifundia perdidere Italiam* dice Plinio, ma dessi scomposero anco l'ordine delle terre e della vita germanica. Era in siffatta guisa conformata la società alemanna che i fondi veniano divisi in maniera che ciascuna famiglia di liberi potesse trarre di che vivere dal suo possesso. Il principio che vietava l'alienazione della proprietà, e che chiamava ugualmente a succedere i figli, impediva sì concentrassero grandi beni. Diversa era però la cosa fin dai primi tempi nella Gallia. Già dai tempi di Cesare il dominio trovavasi diviso tra la nobiltà ed il sacerdozio; la persona che in origine era stata libera, non rimanea più indipendente in riguardo politico, e sotto il punto di vista del diritto privato, condotta per lo più alla condizione di debitrice. Pel domino romano venne per vero distrutta l'indipendenza politica dei due ceti superiori, ma peggiorata ad un tempo la condizione dell'uomo comune, avvegnachè oltre all'essere questi subordinati ai possessori dei fondi più vasti, veniva anche ad essere aggravato dalle imposte romane in guisa da essere astretto a porsi come colono dei maggiori possidenti. E però la conquista dei Franchi trovò concentrato in latifondi il possesso fondiario. È bensì vero che allora la maggior parte di esso passò ad altre persone, ma per questo non seguì che non avvenissero nuovi vasti concentramenti. Codesto poi formossi mercè le molte donazioni alla chiesa che fu quindi la più ricca posseditrice nelle Gallie, nonchè per mezzo dei signori franchi, i quali per non trovarsi da meno de' grandi possidenti romani, intesero ad impadronirsi di vasti fondi, sia servendosi del favore regale, che abusando del potere d'ufficio, ed eziandio opprimendo in varie guise i deboli. Ai tempi di Carlo Martello, eransi di tal modo e da sì gran tempo sviluppati simili rapporti, che il ceto dei liberi sul quale fondava l'antico stato germanico, si trovò perduto per sempre per far luogo ad una novella nobiltà, che come surse si pose a dominare i liberi aventi dianzi uguali diritti. Ed ecco come tali mutamenti non deggiansi tenere pel prodotto dello svolgere della vita germanica: ma invece si hanno ad avere come il frutto dei rapporti del gallico suolo. Sovra di essi elevossi siccome su d'una base materiale il sistema dei beneficj, il quale ebbe poscia a tralignare in ordine feudale. Si fu dalle Gallie che passarono tutte queste condizioni alle terre con quelle collegate per la federazione franca di stati. — Ma quanto è di pretta origine gallica, venne distrutto per supremo provvedimento, specialmente dalla Francia nella sua prima rivoluzione.

(1) Vedi in ispecialità Roth, luogo sovracl. p. 103.

§ III. I RAPPORTI PUBBLICI DURANTE IL PERIODO DEI MEROVINGI.

Dopo avere esaminata l'opinione già prevalente (1), che scorgeva nel comitato anco la *base del vincolo di stato*, convenì ricondurre i rapporti di questo periodo ai seguenti principii.

Come lo stato franco non originò dai comitati, così manco il vincolo di questi può in veruna guisa averli pel fondamento del legame di stato. Sussisteva un nesso universale che stringeva con obblighi uguali verso il re tanto i Romani quanto i Germani, nesso che veniva corroborato pel *giuramento di fedeltà (Leudesamio)* cui tutti i sudditi senza distinzione di ceto e di nazionalità erano tenuti a prestare. Ed ugualmente senza riguardo a queste due modalità, a tutti i liberi correva l'obbligo di far parte dell'esercito, come il re ve li avesse chiamati. Tuttavia il re si circondava d'un seguito distinto, i cui membri appressavansi a lui più che non fosse concesso agli altri sudditi, seguito che conviene indubbiamente raffrontare ed ai *comites* di Tacito ed ai posteriori vassalli che si riscontrano sotto i Carolingi. Gli eletti al seguito erano gli *Antrustioni* i quali prestavano bensì al re uno speciale giuramento di fedeltà, che non differiva nel contenuto da quello simile e comune, ma solo nella forma di porgerlo (nelle mani del re). Gli Antrustioni non erano tratti dagli antichi capi del seguito (come fu già opinione), ma sceglievansi dal re e con libero acconsentimento degli eletti, dai diversi popoli franchi, romani e liti. Il fondamento dell'antrustionato si era la *trustis dominica* (2), la

(1) Quest'opinione che negli ultimi tempi venne fatta emergere da *Eichhorn* dietro esempio di *Montesquieu*, e da quello posta in accordo quasi perfetto coi fatti e con quanto tuttora si conosce di esse antiche cose, fu per la prima volta combattuta in modo parziale da *Waltz* (storia della costituzione tedesca, V. I e II) nei principali momenti, e confutata da *P. Roth* (storia dei benefici 1880) in tutti i punti essenziali. A questi scrittori e specialmente a *Roth* accedono i moderni storici e giuristi, com'è a dirsi in particolar modo di *Waller*, nonchè di *Leo* (lezioni sulla storia del popolo tedesco, I vol. 1884, p. 380) e di *Hillebrand* (manuale della storia dello stato e del diritto tedesco, 1888, p. 37 e 103). La più vecchia opinione trascinava in errore per la semplicità del suo principio. Pareva manifesta la sussistenza d'un legame tra i *comites* di Tacito ed i rapporti del seguito dei tempi posteriori, e che però fosse preparato il perfezionamento del sistema dei benefici e dei feudi fin dai primordii. Ma giova qui pure avvertire che come avviene in generale de' feudali rapporti, così pure le storiche relazioni non ponno venir formate dietro semplici e speciali momenti. Del resto gli è un'importante risultato delle moderne indagini, l'aver conosciuto non doversi considerare il sistema feudale soltanto per un necessario svolgimento delle antiche basi germaniche.

(2) *Trustis* è da derivarsi con *Leo*, p. 391, dalla voce Italica *trus*, la guardia, schiera di guardie.

speciale difesa del re, onde ne venne che si moltiplicasse il contributo di guerra, il che trovasi essere cosa di necessaria conseguenza, dal momento che gli Antrustioni si trovavano stretti da un vincolo personale col re, però che formassero il suo corteo in pace, e la sua guardia in guerra, alloggiassero nel di lui palazzo, esercitassero in parte ufficii di corte, e venissero adoperati a speciali servigi.

Variamente stabilironsi i rapporti della persona, foggliandoli sulla nazionalità, sulle due stirpi dei Franchi, sulle altre schiatte d'origine germanica, e secondo il carattere romano. Aveanvi appo i Franchi: 1. I Liberi, tra i quali presso il maggior numero di stirpi emergevano singole nobili generazioni, *nobiles*, per vasti possedimenti fondiarii e per maggiori contribuzioni guerresche. 2. Semiliberi o Liti (da non confondersi coi Laidi) che conseguentemente contribuivano la metà del contributo di guerra a che erano tenuti i liberi. 3. I non liberi, *servi*, cui adopravansi pe' bassi servigi, che esercitavano mestieri, e sopra più vaste possessioni disimpegnavano ufficii domestici. I Franchi trovarono nelle Gallie una duplice popolazione. 1. I Provenzali che circa costumi, lingua e diritto erano divenuti completamente Romani, ed i Leti o provenienti da razze barbare, che vennero accolti spontaneamente, e presero stanza con obbligo di prestare servigi in guerra (*Leti, Franci, Suevi, Nervii, etc.*). A questi ultimi però, se conservavano il loro carattere primitivo, estendevasi il diritto salico, mentre invece gli altri popoli annoveravansi tra i Provenzali. Dopo questi distinguevansi, come presso i Franchi. 1. Il libero Romano, *Romanus possessor*; 2. Il Romano accolto nella Trustis del re, *Romanus conviva regis*; e finalmente 3. Il colono pareggiato al franco Lito, e che chiamavasi *Romanus tributarius*. Ben presto Romani e Germani che nella maggior parte delle relazioni si trovavano pareggiati, si fusero, e nei capitolari di Carlo Magno non si fa più speciale menzione dei Romani, ma comprendonsi nel significato comune di *Franci*, e chiamansi pure *Rachinburgi* (pienamente liberi, come facenti parte dei giudizii).

Presenta particolare interesse la tesi sulla natura delle concessioni che i Merovingi fecero distribuendo dei possessi fondiarii tolti dai loro vasti beni della corona (1); se cioè quelle terre fossero state date come possedimenti solo limitati e revocabili, però quali veri benefleii (*Montesquieu, Eichhorn* ed altri): ovvero in esclusiva proprietà, quindi quali donazioni (*Roth*); finalmente se entrambe queste forme sieno occorse sumultanee (*Guizot, Perdessus, Laferrière*). La prima opinione che resta ancora la più accolta, forma l'addentellato all'intera ipotesi fondata sovra il sistema dei comitati, avvegnachè si ritenga che col far parte del corteggio, si ottenessero eziandio de' beni della corona. Ma pensando non essere siffatte concessioni limitate al solo seguito del re, agli Antrustioni, così vedesi

(1) Vedi specialmente *Roth*, p. 203.

come desse le furono per la maggior parte (1) vere donazioni e non benefici. Ed anzi possiamo tenere per fermo ch  quand'anco fosse dato provare sicuramente sussistenti in larga copia dei conferimenti non ereditarii e condizionati, converrebbe pur sempre riconoscere l'origine dei benefici da Carolingi in poi. E cotai cosa sarebbe mestieri ammettere perocch  solo durante il regno di questi, emerga chiaramente il *principio* e lo *scopo* di quelle istituzioni, ed in tal'epoca si abbia il primo esempio del fatto tanto politicamente importante (il primo caso avvenne a' tempi di Carlo Martello), che i signori privati non si avessero pi  un codazzo di *non liberi*, come sotto i Merovingi, ma bens  un seguito di *liberi* i quali erano anco tenuti a prestare il giuramento di fedelt  al signore del seguito, l'anziano. In ci  trovasi il germoglio d'un nuovo sistema, che poscia sviluppossi in quello dei benefici e pi  tardi nella istituzione feudale. Tale importante sistema fa mestieri toccare nelle sue origini e ne principali svolgimenti.

§ IV. L'ORIGINE DEL SISTEMA DEI BENEFICI.

Perch  l'origine dei benefici possa venire esattamente compresa, non devesi derivarla da fatti ed avvenimenti particolari, ma conviene la si assuma nel suo concetto fondamentale, ed in tutti i momenti che vi cooperarono. Il maggior numero delle teorie appoggia precipuamente quanto su questa, quando su quella circostanza storica, sulla derivazione dall'antico comitato la quale per vero non   se non mediata, e sull'influenza del *precarium* romano. Soltanto a giorni nostri Roth fece emergere il novello scopo politico che si palesa nel sistema dei benefici dei Carolingi, nonehe il vicino ed intimo nesso col seniorato. Del resto conviene disegnare con maggior finezza la fisionomia di alcuni momenti, esposti anco da Roth, a tenore della loro influenza sull'origine dell'istituzione che andiamo studiando (2).

(1) Roth a p. 210, dice senza dubbiezze come non sia in generale dimostrabile avvenissero durante la dinastia dei Merovingi altre concessioni di beni della corona, tranne l'ereditarie, epper  le fossero prette donazioni; e Walter, § 76, sostiene non vi fossero ai tempi dei Merovingi assegni della natura dei benefici, mentre all'incontro quanto innanzi confondevasi con questi, non era pi  che una donazione. Avvisa perch  Roth, p. 258, che non si possa per nulla ammettere, avvenissero sotto i Merovingi altri conferimenti dei beni della corona, che ereditarii non fossero. Ma io, manco in seguito alle ultime ricerche di Roth, mi posso condurre ad avere per tola la quistione, quantunque sia convinto per i motivi che esporr  nel susseguente paragrafo, come il vero sistema beneficiale, d'indole del tutto diversa, cominci appena coi Carolingi.

(2) In seguito io cercai di esporre tutti i momenti condizionati del sistema dei benefici nella loro vicendevole relazione. I singoli momenti furono quando con maggiore integrit , quando con minore, esposti da altri ed in modo speciale da Roth, il quale lusing  di molto lo scopo interno di tanto interesse, nonehe la forma (seniorato) del sistema. Ma nemmeno appo Roth

Riassumendo tutti i lati più importanti, ne è dato determinare l'origine del sistema dei beneficj in questi termini: Un nuovo scopo politico che avvantaggiando di tutte le porte circostanze come mezzi, diviene sotto i Carolingi la *direttrice idea fondamentale* della istituzione; i mezzi materiali sono per lo più volitivamente prodotti mercè la *secolarizzazione* dei beni della chiesa; il *precarium romano* lungamente esercitato dalla chiesa elevasi a modello di diritto pel regolamento della parte materiale giuridica del rapporto; il *seniorato* viene assunto a *forma* del rapporto personale, al quale rapporto lo *spirito germanico* imprime il carattere della fedeltà, di che audava distinto anco l'antico comitato.

Questi momenti fa mestieri che qui brevemente rischiariamo.

La nuova idea fondamentale giuridica che si palesa fino da Carlo Martello, è intesa a ciò che i grandi (tra i quali si opposero anco i duchi alla elevazione di Pipino e dei seguaci suoi) fatti troppo possenti sotto i flacchi Merovingi, fossero condotti in maggiore dipendenza dal potere supremo, e che venisse ad un tempo semplificata l'intera amministrazione mercè il cooperare dei grandi, quali seniori, ai quali vennero accordati maggiori privilegi sui liberi loro sottoposti. Dal che ne seguiva che si raggiungessero parecchi scopi speciali, fra cui il serbamento della costituzione bellica tanto importante (1). Impertanto se dall' un canto fu sminuito il regale potere del Seniorato, avvegnachè potessero da tal tempo i seniori esercitare sui sudditi del re, alcuni diritti che prima usavansi dagli impiegati in nome regio; fu messo però un argine ai pericoli che potevano venire da un tale ordinamento, collo stringere gli stessi, seniori in maggior dipendenza dal potere supremo; e negli estremi modi poi, mercè la maniera particolare dell'obbligazione, della *commendazione*, e del conferimento dei beni regi. E, mentre nell'epoca dei Merovingi il conferimento di beni della corona servia di premio a meriti peregrini, alla devozione al sommo potere, ovvero di testimonianza del favore sovrano, acquistò ora uno scopo di stato (2).

mi venne fatta trovare un riassunto di tutti questi lati importanti e secondo la loro posizione, e secondo il loro senso dal quale riassunto per certo dipende la vera nota caratteristica del sistema.

(1) Roth, p. 388, dice: Innanzi tutto s'avvisò specialmente a serbare la costituzione dell'esercito come allora trovavasi. Trappassati che furono al seniore i diritti sui liberi suoi all'uoli, diritti cui fin'allora esercitava il conte come autorità militare, venne semplificato l'appello all'armi, ed il seniore assumeva pel dipendenti suoi l'obbligo che a questi correva di presentarsi al servizio militare. Sendo poi tenuto di sussidiare i suoi *homines*, d'armi, vesti e nutrimento, era dale sperare che molta povera gente che non potea mantenersi sotto l'armi a proprie spese, fosse per tale sistema allettata alla milizia.

(2) Questo punto tanto efficace allo intendimento del sistema dei beneficj venne con somma chiarezza svolto da Roth, p. 388 « Il conferimento dei beni della corona a beneficio è una innovazione dell'epoca dei Carolingi, non tanto per essersi cangiato il modo del conferire, quantunque anche questo non siasi sufficientemente studiato, come per lo scopo conseguitosi col nuovo sistema. »

Ma il tesoro regio era quasi esausto a motivo delle prodigali elargizioni dei Merovingi, e però insufficiente ai più vasti disegni dei Carolingi. All'incontro il tesoro della chiesa, per le ricche donazioni dei Merovingi, ed ancor più mercè le fondazioni dei privati eccitate con di molti mezzi moralmente e giuridicamente illeciti, erasi di cotai guisa aumentato, che sullo sconcio del secolo VII. lo si poteva tenere per un terzo di tutto il possesso fondiario (1). Queste esterne ricchezze attirarono dei pericoli sullo stato, avvegnachè una massa di persone ancor libere, venne specialmente mercè i privilegi d'immunità e di nutrimento, condotta in dipendenza delle istituzioni ecclesiastiche; e del resto siffatte larghezze nuocevano agli interni rapporti della chiesa, però che fomentassero la tendenza mondana, e nei conventi recassero la dissolutezza. Tali condizioni indignarono già Vinfredo-Bonifacio (2) e lo spinsero a togliere il disordine. I figli di Carlo Martello, Carlomanno e Pipino, d'accordo come

(1) Intorno a questo vedi i numerosi commenti presso Roth, p. 255-259. Il mestiere di falsare i documenti era tanto diffuso, che p. e. dei 560 diplomi merovingi appo Bréquigny circa 130 sono falsi senza più; vedi Roth p. 257. Anche più tardi quando la chiesa venne assicurata che non si farebbe più luogo a veruna secolarizzazione, crebbero in tal guisa i mezzi illeciti che Carlo Magno credette opportuno di esprimersi su di ciò energicamente nel *Capitulum duplex Aquisgranense* anno 814. Pertz III. dove dice, c. 3: *Inquirendum, — si ille seculum diuissimum habent, qui quotidie possessiones augere quolibet modo quolibet arte non cessat, suadendo de celestis regni beatitudine, edminando de aeterno supplicio inferni, et sub nomine Dei aut eiuslibet sancti tam dittem quam pauperem, qui simplicioris naturae sunt, et minus docti atque cauti inveniuntur, si (sic) rebus suis exponant, et legitimos heredes eorum exheredant, ac per hoc plerosque ad flagitia et scelera propter inopiam—compellunt, ut quasi necessario furta et latrocinia exerceant.* — C. 6. *Merum inquirendum, quomodo seculum reliquisset, qui cupiditate ductus propter adipiscendus res, quas alium vidit possidentem, homines ad perjuriam et falsa testimonia precio conducit.* — C. 7. *Quid de his diendum: qui quasi ad amorem Dei et sanctorum ossa et reliquias sanctorum corporum de loco ad locum transferunt, ibique novas basilicas construunt, et quoscumque potuerint, ut res illuc tradant, instantissime adhortantur.* — *Palam sit hoc ideo factum, ut ad aliam perveniat potestatem.* Roth. 255. Carlo Magno avea già prima tentato di vincolare della sovrana sanzione il passaggio di qualsiasi proprietà. C. 805, § 154; e Lodovico il Pio vietò al sacerdozio di accettare donazioni per cui si diseredavano i parenti. C. 817, 7, 207. Ma conviene osservare come i privilegi di giurisdizione propri al sacerdozio doveano difficolare assai più ogni rivendicazione. Quasi tutti i concilii del secolo VI e VII minacciavano la scomunica per ogni tentativo siffatto. Rot 254. — Montesquieu (*esprit des Lois* XXXI, 10) opina che sotto le tre dinastie il complessivo possesso fondiario del regno passasse più volte nelle mani dei preti. (*Le clergé recevait tant, qu'il faut que, dans les trois races, on lui ait donné plusieurs fois tous les biens du royaume.*)

(2) Vedi lo scritto di Bonifacio al papa Zacharia, presso Leo, *lexicon ecc.* I, p. 437.

sembra col loro amico Bonifacio (1) vennero quindi in un consiglio che dovea simultaneamente avvantaggiare e chiesa e stato. In base a ciò, fatto un'elenco del tesoro della chiesa che trovavasi in tutto il regno, tali beni furono secolarizzati, ma in modi diversi nell'Austrasia (Carlo-manno), ove in certi casi conveniva ritornassero al clero, e nella Neustria (Pipino), in cui una parte delle ricchezze ecclesiastiche andarono perdute del tutto (Walter § 73). Ma a guisa di compenso fu concessa alla chiesa, oltre le decime ecclesiastiche, un'altra decima sui beni levati (quindi una decima ed una nona). Il miglioramento introdotto da Bonifacio nella chiesa, svincolò anco in certo modo il potere dello stato. Ma per siffatta secolarizzazione assunse un carattere formale giuridico avvegnachè il sacerdozio in un concilio tenuto a Lestines la approvasse, secolarizzazione cui però i successori di Pipino tennero per un'ingiustizia che non si dovesse giammai rinnovellare, veniano portati i mezzi materiali e per agevolare innanzi tutto l'elevamento di Pipino a re, ed in ispecie per volgere a più vaste misure il sistema dei benefici.

La secolarizzazione rese appena appena possibile il conferire dei benefici vacanti non solo ai regi vassalli, ma eziandio a tutti i seniori, vincolandoli al re per *commendazione*. Mercè lo stretto attaccamento al *seniorato* che trovavasi di già sviluppato, e che nello svolgimento suo s'ebbe molto favore presso i Carolingi, il sistema di benefici toccò nel rapporto personale la sua formale organizzazione. Sorse un tale seniorato lorehè, in seguito all'aumentarsi potere dei grandi ed alla crescente oppressione con cui questi trattavano le libere persone inferiori, cominciarono sotto Carlo Martello anche i liberi, senza ledere il proprio onore o sminuire la libertà, ad arruolarsi al seguito di qualche signore, seguito che fino a quel tempo non componevasi se non se di gente non libera. Entravano siffatti liberi in tale colleganza mercè la forma della commendazione e per il giuramento della fedeltà, come era costume prestarlosi ai tempi dei Carolingi dalle persone che entravano nel corteo speciale del re, le quali vennero ora chiamate Vassi (2) o Vassalli, rispondenti in tal guisa agli Antrustioni dei Merovingi. Quei liberi che trovavansi nel seguito di un grande privato, divennero poscia anche vassi o vassalli, ed il loro signore chiamavasi seniore. Più tardi per distinzione i vassalli del re furono appellati *maiores homines*. Ma questo seniorato e vassallaggio non trovavasi in nessun rapporto neces-

(1) Roth, p. 359, osserva che non trovasi in verun luogo la protesta di Bonifacio, e che per certo non sarebbegli mancato il coraggio di esprimerla, se avesse creduto ne fosse il caso. Leo, p. 458, non mette in dubbio che Bonifacio sia stato fautore d'un tal mezzo, in quanto che da quel sacrificio ripromettevasi la salute della chiesa. Sulla secolarizzazione vedi più estesamente Roth, p. 314-366.

(2) *Vassus* (gallicamente *vas* o *usual*, Leo, 456) significava ai tempi dei Merovingi un non libero, e a quelli dei Carolingi colui che si trovasse in un rapporto di comitato.

sario con un qualche beneficio. Che s'anco la molta abbondanza del terreno avesse mosso il re a conferire a vassalli suoi, ed i seninori a proprii dipendenti, dei fondi a godimento come beneficio, tuttavia avanvi de' vassalli senza beneficio, e dei beneficii di cui trovavansi investite delle persone (p. e. sacerdoti, claustrali e donne) che non erano vassalli. Il seniore avea solo obbligo di proteggere il vassallo, e a questi spettava per tutta la vita il dovere di fedeltà verso quello. Dopo la secolarizzazione, il conferimento di un beneficio non solo ai vassalli ma eziandio ai seniori, non fu esclusivamente una regola, ma bensì l'elemento più importante ed il mezzo per stabilire la dipendenza dalla corona.

Siffatta istituzione la quale nelle vedute giuridiche almanche non trova alcun principio, formossi sull'esempio del *precarium romano* da lunghissimo tempo già esercitato dalla chiesa la quale per costume attenevasi al diritto romano. Conferimenti di terreno avea già da lungo tempo introdotto fra Germani la chiesa, e cotai' atto chiamavasi *beneficium* (1), sendosi simil nome esteso più tardo alla terra. Era questo argomento giuridico somnamente acconcio ad agevolare ed accrescere le donazioni agli istituti ecclesiastici, quando il donatore riservava a se e molte fiate anco ai successori suoi un tale possesso od usufrutto. Che se la chiesa concedeva dei fondi di sua esclusiva proprietà, oppure ve ne aggiungeva di quelli a lei donati, quel rapporto diversamente conformavasi, avvegnachè si patteggiassero larghe corrispettività.

Simultaneamente modificossi con ciò il punto di veduta ed il costume tedesco, giusta il quale il conferire terreni ad altri fondava una tal quale dipendenza e nel caso che un libero fosse la parte accettante, anco una diminuzione dei suoi diritti di libertà. Del resto simile cangiamento dovette avvenire senz'altro inanzi che il vero sistema dei beneficii non includente veruna restrizione di libertà, fosse in vigore. Ed avvenne poi ciò pel riguardo che il diritto romano come trattavasi di passaggi del possesso fondiario che non trasferissero la proprietà, non ammetteva altro obbligo personale tranne una lieve contribuzione; ed accadde pure quel mutamento pel motivo che la chiesa quale *persona morale* venuta in alta dignità, compiva ella stessa tali conferimenti. Per nulla rimaneano sminuiti i diritti di libertà e d'onore all'accettante, se ricevea i fondi da una persona morale, qualora però non vi avessero dell'altro circostanze; quinci seguivane che anche in seguito non fu ristretta nel sistema dei beneficii la condizione giuridica del beneficiato.

Ma anche a tale rapporto impresso lo spirito germanico il carattere proprio. Questa tendenza vólta a porre a ciascun rapporto giuridico pas-

(1) Nella l. 14. *D. de precario* (43,20) leggiamo; *magis enim ad dominationis et beneficium causam quam ad negotii contracti spectat precarii conditio*. S' avvicina ancor più all'uso di lingua invalso più tardo, il § 1. 14 c. *de sacramentis ecclesiis* (1. 2). — *Waltz* II, 198.

sante tra due persone una base giuridica (1), stringeva in tale relazione l'obbligo morale della *fedeltà* dall'un lato, e della *protezione*, dall'altro. L'antico sistema di comitato, come il posteriore vincolo di corteo tra il re e gli Antrustioni servirono molto meno di tipo al rapporto che andiamo studiando, di quello che la senile conseguenza veniente dalla natura dello spirito tedesco, il quale era inteso a coordinare relazioni personali, esterne e durevoli.

Dall'intima coggiunzione di questi momenti scese il sistema dei beneficii. Sorto desso dalla cooperazione dei varii rapporti esterni, appoggiava eziandio sovra una base complessiva. Ma non è altrimenti uno sviluppo naturale di principii antichi germanici di stato. Lo spirito alemanno null'altro fece che imprimere il proprio carattere a stranieri elementi. In base poi ad esteriori relazioni esso sistema venne convertito dai Carolingi in una istituzione di stato avente uno scopo molto vasto.

Questo sistema di beneficii si elevò a vera *istituzione feudale*, e sulle prime stabilì la consuetudine che i beni conferiti passassero in modo ereditario ai figli e ad altri agnati del vassallo, costume indi approvato da Carlo il Calvo, 877, formandosi di tal guisa dei principii più precisi intorno al rapporto tra il seniore ed il vassallo, nonchè sovra i diritti ed obblighi attinenti al bene feudale. Nel decimo secolo si usò per questa sorta di beneficii (però che vi fossero altre maniere di simili istituzioni) la espressione di *feodum* ovvero *feudum* (2) (anche *feum* e *feorum*). Il sistema feudale era impertanto una speciale maniera di miglioramento della istituzione dei beneficii.

Il sistema dei beneficii costituisce una parte essenziale della vera costituzione dei Carolingi, la quale ora ne poniamo a studiare brevemente.

La Costituzione dei Carolingi.

L'ordine politico sociale, con'esso venne stabilito da Carlomagno, e come progressivo svolgimento della prisca costituzione, e per novelle disposizioni, appoggiava ai seguenti principii fondamentali (3).

1. I *principii*. Per la restaurazione della dignità imperiale romana (*renovatio imperii*) il concetto a questa congiunto dell'*imperium mundi* venne riportato allo imperatore. Ma però che il novello impero fosse totalmente cristiano, così venne della sfera temporale staccata la spirituale la quale si rese in modo particolare indipendente dal potere seco-

(1) Ugualmente osserva con molta verità, *Waitz* II, p. 202.

(2) La prisca derivazione della parola dalla voce *fidelis*, conviene abbandonare. Gli è l'antico motto tedesco *feo* = bene, aumentato di un *d* per evitare la cacofonia nella terminazione latina (come in *campus* ma [d] *jus*). Vedi *Phillips* storia del diritto ecc. p. 148; *Leo*, luogo citato p. 323, lo vorrebbe però derivare dal celtico.

(3) Confronta *Einhorn* luogo cit. I § 188; e *Walter* § 35.

lare ed ebbe nel papa il proprio capo. Chiesa e stato vengono immaginati come parti di un tutto (1); come due membri del cristianesimo, al cui vantaggio Iddio stesso istituì le due autorità, e — per seguire le vedute religiose — cioè l'una immediatamente, l'altra in modo mediato. Sussorsero in tal foggia due gradi di ordini sociali, la gerarchia e la monarchia mondana (la quale divenne più tardi, *monarchia feudale*), entrambi fondati sul principio cristiano e germanico della fedeltà, e vincolati poi fra di loro pel legame di fedeltà di che veniva l'ultimo subordinato al primo. Del resto anco il capo spirituale era creato in accordo e per conferma dell'imperatore. Imperantanto questi due ordini si vivificano, sussidiano e si portano delle modificazioni vicendevoli a seconda dei diversi scopi interni ed esterni riferentesi a ciascuno di essi. In oltre sviluppansi pure parallelamente in guisa che le istituzioni ecclesiastiche servono di esemplare alla costituzione civile. Ed in fatto non è dato di sconoscere come i sinodi fossero modelli alle diete dell'impero, e che la sfera degli affari ed il pieno potere che conseguirono i conti inviati foggiansi sulla efficienza del vescovo nella visita delle chiese, vale a dire sul *placitum* che questo riserbavasi nella sua diocesi secondo i sinodi provinciali. La dieta dell'impero si era il punto centrale del governo tanto per le temporali quanto per le ecclesiastiche cose (2).

2. In riguardo politico la costituzione dei Carolingi forma il *passaggio* a quella che nel suo completo sviluppo porta il nome di *sistema feudale*. Gli era il sistema dei benefizii che venne in generale istituito da prima dai Carolingi nelle viste d'un fine universale politico, sistema cui Carlo Magno svolse ulteriormente onde conseguire una completa *organizzazione* dello stato, per cui mercè la intromissione del seniorato, ogni seniore dovea essere stretto al monarca, siccome al seniore supremo e membro centrale. La trasmissione ereditaria dei benefizii, che più tardi fondò il vero sistema feudale, era una contrapposizione a siffatto principio politico per cui intendevasi a far dipendere tutti i membri dal centro.

3. Ereditaria la *dignità regale*, come presso i Merovingi; tuttavia Carlo Magno prefisse l'approvazione dei grandi e cooperazione per parte del popolo (non determinata circa la forma). Il potere regale dello imperatore avea un triplice scopo; di proteggere tutti quelli che abbiso-

(1) Vedi le citazioni tolte dal concilio di Parigi, VI a 829 presso Eichhorn § 158. Il potere spirituale venne collocato sovra il secolare nel concilio ap. S. Macram. a 881. Can. 1. *Solus Dominus noster Jesus Christus vere fieri potuit rex et sacerdos. Post vero — nec rex pontificis dignitatem, nec pontifex regalem potestatem sibi usurpare praesumpsit. Et tanto est dignitas Pontificum major quam regum, quia reges in culmen regum sacrantur a Pontificibus, Pontifices autem a regibus consecrari non possunt, ita tanto gravior est pondus sacerdotum quam regum, quando etiam pro ipsis regibus in divinis reddituri sunt examine rationem.*

(2) Eichhorn § 158.

guano di esteriore difesa, e servir di tutela specialmente alla chiesa, e suoi ministri, alle vedove ed agli orfani; di conservare la pace e di amministrare la giustizia. Gli antichi diritti germanici della difesa e della pace, spettanti prima alla libera unione popolare, passarono al re. In fatto il re influiva eziandio sulla legislazione e reggimè ecclesiastico sendo questo diretto dall'arcicappellano, senza la cooperazione del quale non era concesso al papa intromettersi nelle bisogna della chiesa. Ugualmente spettavano al monarca certi diritti sulle nomine de' vescovi ed abati, sull'amministrazione e godimento dei beni dei claustrali, e la giurisdizione sui vescovi non esercitavasi se non sotto la sua sorveglianza. Colle quali cose trovavasi in disaccordo la dottrina dei vescovi non ammettenti in affari spirituali se non un diritto di protezione, fermi nel considerare indipendente il loro potere (1). Oltre a ciò ebbe ad essere largamente esteso il potere regale in varii riguardi (specialmente nella legislazione penale). Tuttavia convien guardarne dall'errore di immaginare alcun diritto regio indipendente dalla cooperazione della dieta.

4. *Rapporto di sudditanza.* Fin dal tempo de' Merovingi, non solo i grandi (come fu opinione per lunga pezza invalsa) ma anche tutti i liberi doveano prestare il giuramento di fedeltà al re (*Leudesamio, juramentum fidelitatis*), però solo come trattavasi cangiare la persona del monarca, o come era il caso di nuove conquiste. Carlo Magno lo esigette come imperatore da tutti i liberi una seconda volta, ed ordinò che a misura che tutti i liberi toccassero l'età conveniente fossero astretti a simile sacramento.

5. *Gli impiegati del regno e di corte.* Cessata con Pipino il Piccolo la dignità del *major domus*, veggiamo a capo della regia cancelleria un referendario. Se non che avviene ben presto una partizione, avvegnachè per le cose spritualsi si instituisse un *apocrisiarius, cappellanus*, e per gli affari giuridici nonchè per le controversie da recarsi al giudizio di corte del re, il *comes palatii*. Altri impiegati di corte erano pure i *Ministeriales* (2), che occorrono pure presso tutti i grandi, e che erano o *capitanei* superiori, come specialmente il *camerarius, seniscalcus comes stabuli*, oppure inferiori.

6. *Gli stati e le diete del regno.* Gli affari di maggior momento della monarchia venivano trattati unitamente agli stati del regno. Epperò sotto i Merovingi si approfittava della rivista dell'esercito passata sul *campus martius*, per istabilire coi grandi dello stato leggi ed altro onde farlo approvare dal popolo; così Pipino 735, fece nel mese di maggio, *campus madius*, una rivista per sentire se si stimasse necessaria una spedizione. Perciò allo scopo di trattare le bisogna del regno si usò tenere due adunanze l'anno. Alla prima che per costume era in unione col *campus madius*, erano tenuti presentarsi tutti gli *stati del regno*, cioè

(1) *Eichhorn* luog. cit. § 155.

(2) Intorno a ciò vedi l'interessante opera di *Fürth*, i Ministeriali, 1836.

tutti i grandi spirituali e secolari, i vescovi, abati, conti ed altri impiegati superiori: il resto de'vassalli e ministeriali eranvi chiamati soltanto per accrescere lo splendore della dieta e per ricevere gli ordini, senza però partecipare alle deliberazioni. I vescovi ed abati da una parte, i conti e gli altri grandi dall'altra, deliberavano separatamente, e quando lor piacesse, anco uniti. E come se ne avesse vaghezza recavasi il re a confidenziali colloqui tra i deliberanti. Del resto alle deliberazioni dei vescovi ed abati nei veri affari spirituali, faceva mestieri della sanzione del re non altrimenti che a tutte le altre decisioni. La decisione della dieta sancita dal re, *Capitulare*, veniva firmata da tutti i presenti. La seconda riunione che teneasi in autunno serviva solo a cose di minore importanza od urgenza, ovvero a consultare a modo preventivo gli affari del prossimo anno. Tale ragunanza teneasi solo coi *seniores*, vale a dire con quanti fossero vincolati al re per commendazione, nonchè con parecchi consiglieri di speciale confidenza, sì spirituali che laici (1).

7. *I conti inviati.* Di sommo momento si fu sotto Carlo Magno l'istituzione dei conti inviati, *missi dominici*. Fin dai prischi re Carolingi vennero spediti degli inviati perchè mantenessero vigorosamente il regime della monarchia. Carlo Magno togliendo dal maggior numero delle provincie la carica di duca pericolosa al reame, servivasi dei conti inviati ad invigilare i domini suoi nonchè a guardar le riforme per lui introdotte. In ciascun territorio sopposto alla giurisdizione d'un inviato, *missaticum*, recavansi per costume un vescovo ed un conte, quello per le religiose ed ecclesiastiche bisogna, questo per gli affari ecclesiastici. Il conte mandato prendea cura di tutti i rami dell'amministrazione, al che venivano convocate delle diete provinciali. Era poi loro più speciale incombenza il provvedere che sommo fosse l'ordine con che applicavasi la giustizia, epperò essi presiedevano un giudizio in 4 mesi determinati ed in varii luoghi.

La costituzione dei distretti fu da Carlo Magno caugata di molto. Secondo l'antica costituzione il regno de'Franchi componevasi di distretti a ciascuno dei quali presiedeva di regola un conte nominato dal re (*grafio*) (2) *comes*, chiamato anche *jude* all'intento di amministrare la giustizia e dirigere le belliche cose. Ogni contea partivasi in *centenae* i cui capi avevano il nome di *centenarius*, *tunginus*, Unni; e le *centenae* in *marcae*, pianure, marche, i cui abitanti unitamente al loro superiore componevano un comune. I conti che di regola nominava il re scegliendoli dai possidenti dimoranti nella stessa contea, si elevarono rapida-

(1) Eichhorn, § 161.

(2) La voce « Graf » (conte) conviene la si consideri con *Leo* sto. d. cost. ted. p. 333, come parola celtica, la cui radice *graw*=*incidere* ed anco *scrivere*, la è la stessa che si riscontra in altri moti delle lingue indo-europee così in γραφειν (come pure nel tedesco *graben*=*scavare*, od *incidere*). Per il che *Graf*=conte suona scrivano superiore (vale a dire scrivano di stato).

mente a tanta potenza da istituire una vera corte coi ministeriali, ed estesero il loro potere sopra molti di quelli che spontaneamente sottoponevansi loro come vassalli. Dal nono secolo in poi le contee trovavansi congiunte di consueto ad una determinata dotazione, come *res* o *pertinentia comitatus*, ovvero andavano unite a benefizii. Siffatta costituzione Carlo Magno specialmente modificò poichè e stabiliva all'intento dell'amministrazione tre grandi adunanze annuali, alle quali fossero tenuti da intervenire tutti i liberi della contea, e le ragunanze com'erano fin a lui durate cangiò in giudiziî esonerando i liberi comuni dal prendervi parte, obbligando però ad intervenirevi gli scabini che veniano eletti dai messi regi con cooperazione dei conti e del popolo.

Per la *costituzione giudiziaria* fur stabiliti fin da Carlo Magno in ciascuna contea dei giudiziî superiori ed inferiori, presieduti questi dai vicari o centenari, quelli dal conte o dal suo luogotenente, *vicecomes*. Solo le prime giudicature sentenziavano sulla vita e libertà, sui gravi crimini, e sulla proprietà dei fondi e dei servi.

La *leva militare* fu riorganizzata da Carlo Magno, ed assegnata in essa ai grandi ecclesiastici e secolari una distinta posizione. Ma le agevolzze che Carlo Magno vi introdusse a favore dei liberi più poveri, affrettarono la decadenza del ceto de' liberi, e scemarono di molto lo spirito guerriero. Del resto i conti opprimevano in vari modi sforzando altrui all'armi ed a partecipare alle ragunanze giudiziarie, sì che i liberi d'ultimo grado furono astretti di abbandonare con una qualche forma giuridica al conte i loro poderi, e il più delle volte alle fondazioni religiose ed ai conventi. Di tal guisa scomparve il maggior numero dei liberi, ed in ispezialità moltissimi fondi del territorio del regno, tramutaronsi in beni religiosi e claustrali, estendendosi perciò il seniorato dei vescovi ed abati, e per conseguenza avvalorandosi le tendenze monarchiche di queste persone (1).

Le immunità (2). Mercè le *immunità* la chiesa il fisco ed i grandi secolari toccarono nell'amministrazione del regno, una posizione isolata ad essi ognor più favorevole nel regolare i loro possessi; posizione che ebbe più tardi grandi conseguenze però che si elevasse ad una delle basi per la supremazia del paese. I conventi e le fondazioni religiose che ben presto furono esenti dalle pubbliche gravezze, e che vennero favorite da particolar protezione reale — al che instituissi un preposto patrocinatore —, s'ebbero il diritto di far amministrare sul loro territorio la giustizia ed il potere punitivo da proprii impiegati. Fra questi vi avea il difensore (*Advocatus*), il vero prefetto del giudizio, che veniva nominato mercè cooperazione del conte e del popolo. Simili trovavansi i rapporti nelle possessioni del fisco e dei grandi secolari.

La *civiltà* sotto molti riguardi fortemente progredi. Come nella vita

(1) Walter, § 124-132.

(2) Id. § 103.

giuridica i rapporti tra persone e proprietà faceansi più sicuri, e veniva coltivato lo spirito germanico di comunione in varie colleganze (a sollievo del pauperismo, contro gli incendi, i naufragi), così perfezionossi di molto l'istruzione ed educazione religiosa, e benefici provvedimenti diretti specialmente dalla chiesa, estendevansi ai poveri, alle vedove, agli orfani, ai servi ed ai viaggiatori.

Epoca Seconda.

Dall'800 fino allo stabilirsi della pubblica tranquillità, (Landfriede) 1495.

§ 1. L'IMPERO TEDESCO CONSIDERATO QUAL MONARCHIA FEUDALE.

Quest'epoca considerata nel suo complesso, offre una vasta organizzazione di tutti i rapporti della vita umana sociale, organizzazione vivificata da principi intesi a condurre ciascun membro dalle più elevate sfere religiose e politiche, sino alle economiche popolari, ad esercitare entro determinanti confini i suoi diritti e doveri. In special modo questa età manifesta uno sviluppo d'interne e svariate antitesi. Nella stessa guisa che le *single stirpi* nella fondazione di nuovi ducati fanno emergere e rispettare nuovamente ed in molti modi il proprio vantaggio, non altrimenti sviluppassi contro la *supremazia dell'impero* quella del paese formatasi dai diritti d'immunità dei grandi ecclesiastici e secolari, dal che venne posta in Germania la base alla poliarchia. Vale a dire dal rapporto rimasto fin da principio indeterminato, sorse l'antagonismo e la lotta tra il potere *spirituale* e *temporale*, e mentre che per siffatti contrasti declina ognor più alle cose mondane l'ordine sacerdotale, finalmente per la reazione dello spirito cristiano si eleva la voce che chiama a riforma il capo ed i membri della chiesa. Ravvalorata la vita popolare nelle città che s'avvantaggiano dei mestieri e del commercio, ed iniziano felicemente la lotta contro la cavalleria che degenerando in un sistema di prepotenza e rapina, pesa gravemente sul popolo. Per ultimo si manifesta l'antitesi tra il diritto *romano* che sempre più fortificasi però che vada meglio soddisfacendo ai novelli bisogni venienti dallo avvicinarsi degli affari, e fra quello *germanico* consunto o pressochè intorpidito nel feudalismo, e perduto in molteplici aberrazioni. Tutte queste lotte non condussero a veruna conciliazione, che anzi finirono più e più fiate nella vittoria quando dell'uno, quando dell'altro opposto principio (1)

(1) Parmi prezzo dell'opera il porre qui in una nota un breve prospetto della storia esterna politica.

Dopo lo scioglimento della monarchia de' Carolingi, 888, regnarono primi Arnolfo, 888-899, (un figlio naturale di Carlomanno) e suo figlio Lodovico il Fanciullo 900-911 quali così detti illegittimi Carolingi. Poscia venne liberamente eletto a re il duca dei Franchi Corrado I. 912-919, e da lui innanzi diventò la Germania un'impero *elettivo*. Dopo la sua morte salgono al trono, re di *sassone stirpe*; il possente monarca Enrico I, 919-936; — il di lui

§ II. ORGANIZZAZIONE INTERNA DELL'IMPERO.

I. li *reggimento dell'impero*. Malgrado fosse sciolto il regno dei Carolingi, lo spirito di quella monarchia serbossi ancora per qualche tempo nell'ordine nuovo. La cristianità venne tenuta in conto di una vasta comunione, al cui benessere convenisse fossero sempre intesi i due capi,

figlio Ottone I, il grande 936-974, che nella qualità di successore dei Carolingi si fece novellamente incoronare re, in guisa che indi innanzi vige il principio, che per l'incoronazione il re diventa un Franco. In seguito conseguì desso la corona lombarda e si fece ancora cingere il diadema imperiale da papa Giovanni XII, 962. Quindi venne adottata la massima che la elezione a re germanico, comprenda pur quella di Imperatore romano, onde fu tolta la pretesa dei papi di disporre a loro arbitrio della corona imperiale, seodo però ad essi rimasto il privilegio di esaminare la regolarità e legittimità della elezione, e decidere in caso che questa la fosse ambigua (Walter, luo. cit. § 162). Da quell'epoca la corona imperiale e l'Italia rimasero congiunte al regno tedesco, al quale per simile congiunzione toccarono di molte sventure, ma con questa si ebbe un elemento importante di civiltà e grandezza, com'anco un mezzo esterno contro l'interno intorpidire. Poco propizio al regno si fu il governo dei seguenti regi, Ottone I. il figlio, Ottone IV 974-983, il di lui figlio Ottone III 983-1002, Enrico duca di Baviera parente ai primi due, ed ultimo discendente della casa Sassone, come pure Enrico II, 1002-1024, che venne annoverato tra santi perchè assai propenso al clero a cui elargì di molti favori. Sotto gli imperatori sassoni si estesero di più la monarchia tedesca, ma non per questo fortificossi, e le incombenze feudali dei duchi e dei conti furono gradatamente ridotte in ufficii ereditarii. La comune libertà cessò in gran parte e solo riparò come a novello asilo, alle città che fiorivano pel favore imperiale (Ottone il Grande). Estinta la dinastia sassone, la corona passò alla casa *sacro-franca* dal 1024-1125, ove emersero regnanti gagliardi, ma ad un tempo troppo avidi di potere; Corrado II 1024-1056 che estese lo stato unendovi il regno di Borgogna; il di lui figlio Enrico III. 1056-1056 il quale vagheggiava il progetto di fondare la monarchia imperiale ereditaria, e di elevare il potere dello imperatore ad una altezza superiore alla stessa forza del romano pontefice: il di lui figlio Enrico IV, 1056-1106, che cadde in una infelice contesa contro Gregorio VII, il quale adoprò con sommi sforzi a rassodare il potere papale, si afforzò a far riconoscere la potestà secolare siccome una concessione del capo spirituale, s'oppose a ciò che i vescovi ricevessero l'investitura dal potere laicale e volle sì osservasse severamente il celibato. Sotto Enrico V, 1106-1125, ebbe fine la contesa d'investitura, merè il famoso *concordato di Formazia* concluso, 1122, col papa Calisto II. (*concordatum calixtinum*) sendosi in quello fermato che i vescovi e gli abati dovessero venire eletti liberamente dal sacerdozio e posti nel loro ufficio spirituale dal papa, ma che però del loro possessi temporali avessero a ricevere l'investitura dallo imperatore. Morto senza prole Enrico V, venne da prima eletto re 1126-1137 Lotario il Sassone (di Supplienburgo), con pregiudizio del prossimo parente di Federico d'Hohenstaufen. Ma dopo la sua morte giunsero al potere gli *Hohenstaufen* dal 1138-1244. Corrado III, 1138-1152 sfacò la propria influenza col riaccendere la lotta tra gli *Hohenstaufen* (Waiblingi, Ghibellini) ed i Gueifi, e colla se-

l'imperatore ed il papa, usando ciascuno de' mezzi che per la natura di sua dignità si ritrovasse possedere, e stringendosi l'un l'altro in concorde e vicendevolesse sussidio. Ma non sendosi chiaramente ed in modo giuridico sancito siffatto importante rapporto etico, ne seguirono molte contese dalle quali venne non poco minacciato il benessere della cristian-

condà crociata. Il di lui nipote di ricche doti e possente, ma ad un tempo crudele, Federico I. Barbarossa 1152-1190, il quale tentò rialzare la dignità regia in Germania col sommettere l'Italia, fe stabilire alla diela, 1158, tenuta nel campi di Roncaglia, per mezzo di giureconsulti i proprii diritti supremi secondo il codice di Giustiziano, ma ebbe ad urtare col papa, cagionò uno scisma nella chiesa, e morì alla terza crociata. Gli successe per regnare brevemente ma con molta severità il figlio suo Enrico VI. 1190-1198, poscia il fratello di questo, Filippo di Svevia 1197-1208, a cui fu contrapposto come anti-imperatore Ottone di Brunswick, figlio di Enrico il Leone, che però morì 1218 dopo aver toccata una grande sconfitta. Era già, 1212, stato riconosciuto il figlio di Enrico VI, Federico II 1212-1250 dal maggior numero dei principi come legittimo signore, in seguito vennero elevati ad anti-imperadori Enrico Raspon di Turingia 1246-1247, e Guglielmo d'Glanda 1247-1250. Federico II il più cospicuo fra gli Hohenstaufen, di alto sentire, vago delle scienze ed arti, ma quasi antieristiano e dissoluto a motivo di sua educazione semisaracina, trovavasi in continua lotta col papato, volca porre il centro del suo impero in Italia, e soervò la dominazione in Germania, però che allo intento di far eleggere il proprio figlio Enrico facesse di molte concessioni ai principi ecclesiastici e secolari. Dal che seguì che vie più si procedesse a consolidare la supremazia territoriale e ad invilire la monarchia riducendola a stato federativo. Suo figlio Corrado IV, 1250-1254 vagheggiò anch'esso soprattutto l'Italia. Com'egli morì ebbe luogo l'infelice *interregno*, 1254-1274, durante il quale alcuni principi stranieri Riccardo di Cornovaglia ed Alfonso di Castiglia) portarono il nome di imperatori, mentre nello impero principi e vescovi si disputavano la supremazia territoriale, cavalieri e vassalli trasmutavansi in briganti, l'anarchia, il diritto del forte e il diritto del pugno (*Faustrecht*), avvolgevano lostato in tali sventure, che a porvi qualche rimedio sorsero le federazioni di molte città, fra cui furono celebri la lega anseatica e quella delle città renane. La elezione di Rodolfo I d'Habsburgo 1273-1292, risollevò l'impero mercè un sovrano possente, cauto e desideroso di stringersi in buon'accordo col potere spirituale. Dopo la sua morte, preterendosi il di lui figlio Alberto, venne eletto Adolfo di Nassau, 1292-1298; ma sconfitto da Alberto, regnò questi dal 1298-1308, diè occasione per la sua durezza alla confederazione elvetica, e venne ucciso dal suo nipote Giovanni di Svevia (il parricida), a cui avea tolto il suo retaggio paterno nella Svevia. Poscia succedette Enrico VII, 1308-1313, di Lussemburgo che aggregò alla sua casa la Boemia (e la di cui discesa in Italia venne celebrata da Dante nello scritto sulla monarchia). Poi che egli morì, venne dal 7 principi elettori (del Palatinato, di Magonza di Treveri, di Colonia, di Boemia, di Sassonia e di Brandeburgo) accesa una guerra di successione, però che gli uni avessero eletto Lodovico di Baviera 1313-1347, e gli altri Federico d'Austria 1313-1350. La ostinazione colla quale i pontefici Giovanni XXII e Benedetto XII persistettero nella scomunica lanciata su Lodovico, fu causa che i principi elettorali si assembrassero in riunione elettiva 1358

nità. Come fu composta la lotta d'investitura — dalla quale il papato uscì vittorioso —, la relazione tra imperatore e pontefice venne riordinata in guisa, che mentre innanzi teneasi l'imperatore (almeno secondo la credenza predominante) come il vero centro eziandio del potere spirituale, trovossi invece per tale modificazione in una sfera coordinata in

dove dichiararono cassato l'interdetto di cui era stata colpita la Germania, e solennemente sancirono provenire il regno e l'impero come supremi poteri, da Dio e non dal papa, e però non far mestieri che i re e gli imperatori venissero confermati ed incoronati dal pontefice. Ma da alcuni formanti un partito venne eletto un'anti-imperatore dalla casa di Lussemburgo, Carlo IV (figlio a Giovanni re di Boemia), il quale non ebbe ad essere riconosciuto universalmente se non dopo la morte di Lodovico, Carlo IV. 1347-1378 a quell'altro attendeva se non se ad estendere il potere della sua casa. Da lui venne la legge dell'impero conosciuta sotto il nome di *bolla d'oro*, 1356, che limitava il diritto di eleggere l'imperatore ai soli 7 principi elettorali, e la quale ordinava eziandio i rapporti di grado dei principi. Le sue cure le erano tutte volte ai suoi stati ereditarii (e fu egli a fondare a Praga l'università 1348), per la qual cosa la impotente e pessima amministrazione delle leggi si fu causa che ritornasse in vigore il diritto del pugno. Questi mali crebbero poi oltre ogni dire sotto la dominazione di suo figlio e successore Venceslao. 1378-1400, che menando in Boemia una vita tirannica e rotta ad ogni maniera di libidine, abbandonò del tutto a sè stesso l'impero germanico. E si fu allora che le città sveve, franche e renane si strinsero in una lega contro la nobiltà briganteggianti, la quale pure riunissi in una alleanza cavalleresca. Come i principi elettorali ebbero deposto Venceslao 1400, elessero Roberto del palatinato, 1400-1410, che però non valse a ricomporre la pace ne' fra i rapporti secolari, nè in quelli del clero, il quale da Giovanni Huss in Boemia s'ebbe la prima mossa a migliorare le proprie sorti. Il successore suo, Sigismondo, 1410-1437, fratello a Venceslao, terminò la guerra degli Ussiti accesa da Gerolamo, 1416, dopo che fu abbruciato Huss 1418. Ma tuttavia per mancanza di danaro fu astretto a cedere in proprietà al burgravio di Norimberga Federico di Hohenzollern la marca di Brandeburgo; quinci la base al *potere reale prussiano*. Estinta con Sigismondo la casa di Lussemburgo, il suo genero Alberto II d'Austria, 1438-1439, ottenne la corona imperiale, la quale malgrado fosse conferita per elezione, rimase costantemente (meno una breve interruzione per Carlo VII il bavaro 1742-1746) alla casa d'*Austria-Habsburgo*. Alberto nel volgere del suo breve regno manifestò la buona e ferma volontà di ricondurre l'ordine nell'impero, ma il nipote suo Federico III 1440-1493 si fu un successore poco accconcio alle bisogna d'allora. Sotto il suo lungo regno i Turchi, dopo essersi impadroniti di Costantinopoli, irruperro sterminatori sino nelle terre ereditarie austriache: l'Ungheria e la Boemia si elessero dei propri re nazionali; e la confusione era tanta che vivamente e da tutti sentivasi il bisogno di una nuova costituzione imperiale. E questa in fatti ebbe luogo sotto Massimiliano I. 1493-1519, riunendosi alla dieta di Worms i signori ecclesiastici, secolari e le città; per stabilire una forma costitutrice, la quale se dovea mettere un freno alle ostilità antiche veniva però ad un tempo ad indebolire di molto il potere imperiale. Venne perciò fondata la pubblica tranquillità; fu vietato il difendersi di per sè soli sotto minaccia della scomunica e dei

confronto al papa (1), il quale gli rimase superiore nella dignità personale. L'idea di dominio universale inerente allo impero, non potè incarnarsi manco in Occidente. Solo la Lombardia e la Borgogna rimasero unite alla monarchia tedesca, ed i principi di Ungheria, Polonia e Boemia trovaronsi nei rapporti di vassalli.

Il *capo supremo* — nativo tedesco — del (sacro) romano impero si è il re eletto di solito ad Aquisgrana dai tre riuniti vescovi renani, e poscia coronato come imperatore dal pontefice. Egli è il primo signore feudale dei vassalli del regno, il padrone dei ministeriali, il sommo rettore delle città e villaggi. Come vegliatore ed amministratore del diritto, assicura a ciascuna stirpe e tribù i diritti e privilegi ereditarii di cui trovansi in possesso, ed in oltre protegge le vedove, gli orfani e tutte le persone che hanno mestieri di soccorso. D'accordo cogli stati dell'impero emana le necessarie ordinanze e leggi imperiali, ed alla validità degli atti di maggiore importanza come è dirsi di statuti ed accordi che hanno un'interesse universale, occorre la di lui sanzione. Da esso muove la giurisdizione. Egli il proprietario dell'utili regalie dell'impero, cui può concedere altrui a mo' di feudo (ed in vero esse furono con prodigalità distribuite a' principi, a' signori, ed alle città dell'impero). Nella qualità di imperatore gli è anco il Signore a cui spetta proteggere la cristianità tutta (*dominus mundi*), difendere la fede e le chiese d'ogni luogo, influire sulla elezione del papa, e prender parte alla convocazione di concilii generali — Ma la sublimità della carica non pose l'imperatore sopra la legge. Ed in vero se egli violava il diritto spirituale dovea sottostare alle pubbliche penitenze ecclesiastiche, e potea venire anco scomunicato. Ledendo poi i diritti secolari, era concesso ai principi accusarlo innanzi al giudizio di principi presieduto dal conte palatino del Reno. Come trovavasi colpito da sentenze, cessava prima di tutto d'essere imperatore (2). Nella forma dell'elezione del re si manifesta una continua concentrazione in poche persone della facoltà elettiva. In principio essa avea luogo in guisa che i grandi dignitari e vassalli del regno faceano un progetto d'elezione, progetto che spettava poscia al popolo ragunato

bando; allo intento di comporre le contese istituivasi un collegio di membri dello impero, la *camera dell'impero*; ed in seguito questo fu diviso in 10 circoli (1: Ausriaco, 2 Bavarese, 3 Svevo, 4 Franco, 5 Renano-elettorale, 6 Renano-superiore, 7 Vestfallo, 8 Sassone-superiore, 9 Sassone-inferiore, e 10 di Borgogna), dal che venne elevato il potere dei principi del paese. Dopo la guerra infelice contro i confederati, la Svizzera colla pace di Basilea 1499 staccossi e rimase indipendente dalla Germania.

(1) Tale coordinato rapporto adombrossi nel secolo XIII dall'autore dello « specchio sassone », nella nota parabola delle due spade. Circa la prisca opinione confronta però anche *G. Dönniges*, diritto tedesco di stato, p. 479 e seguenti, *Walter*, § 228 lumeggiato solo novellamente l'ipotesi che invalse poscia.

(2) *Walter*, § 226 e 228.

di confermare esprimendo il proprio assentire coll'alzare le mani. Da ultimo, smessa la forma mediata e con questa sparita la cooperazione del popolo, il diritto di elezione fu ristretto ai soli 7 principi elettorali, il che venne poi loro solennemente confermato dalla bolla d'oro 1356. Questi principi erano tra ecclesiastici, gli arcivescovi di Magonza, Treveri e Colonia; e quattro secolari, il conte palatino del Reno, il duca di Sassonia, il margravio di Brandeburgo ed il re di Boemia.

II. *Cangiamento nella costituzione provinciale* (1). Impertanto invigorendo il principio d'eredità degli uffici dell'impero, principio opposto alla costituzione dei Carolingi, avvennero ivi di grandi mutamenti. Delle tre importanti istituzioni, degli inviati regii, dei conti delle marche e dei conti palatini, la prima non potè sostenersi. Ridestatosi e fatto gagliardo lo spirito delle singole stirpi popolari, introdusse di nuovo la permanente dignità ducale. Col ricomparire dei duchi, il che avvenne presso ogni special gente in modi diversi, il peso centrale dell'amministrazione fu trasferito nelle provincie. Ne' duchi trapassò ora una parte dei privilegi dei prischi inviati. Innanzi al poter loro scomparire anco quello dei conti palatini, che in origine e dopo la decadenza degli inviati si avevano la carica di luogotenenti del re allo scopo di amminisrare la giustizia e di guardare i beni ed i proventi del regno. Avcanvi ancora nel secolo XIII i conti palatini di Sassonia, Baviera, Francia e Svevia, ma non era lor dato esercitar verun diritto sui territori dei principi, e lo stesso loro ufficio trasmutossi in principesco. Soltanto il comitato palatino al Reno durò come speciale casa principesca e come ufficio dell'impero con diritti determinati. Fra i *margraviati* appena due toccarono un vasto interesse storico; quello della marca orientale, ovvero *Austriaco* fondato di Carlo Magno onde proteggere le regioni del basso Danubio; e la marca di *Brandeburgo*, la quale la è soltanto in lontana relazione colle marche istituite da Carlo Magno sulla sponda destra dell'Elba onde porre un argine agli Slavi (2). Ma come la dignità ducale per essere ereditaria si elevò a tale possanza da divenire pericolosa non solo alla dignità dell'impero, ma eziandio ad altri grandi immediati del regno, come *vescovi*, *conti* e *signori*, questi si sforzarono a riunire alle cariche che essi possedevano, anche i diritti inerenti al ducato. E simili sforzi ebbero il favore degli imperatori, a cui per certo talentava indebolire i ducati. E però le contee si fecero ereditarie, succedendo poi ciò specialmente quando ad esse vennero congiunti de' beneficii stabiliti. I vescovati e le abazie avvantaggiarono pressochè a modo di possedimenti secolari, per cui quei dignitarii furono divertiti dal loro ministero spirituale, ed inviluppati nelle temporali faccende (3). Essi ricevettero dal re l'investitura delle regalie congiunte alla loro carica, al che faccasi uso dell'anello e

(1) *Walter*, § 163 e seguenti.

(2) *Walter*, § 164.

(3) Lo stesso, § 177.

della verga in guisa tale che sembrasse si avessero dalle mani del re anco il mandato spirituale. Quinci mosse la contesa d'investitura la quale fu composta 1122 pel concordato calistino. A motivo di tali cangiamenti, si svilupparano tra tutti i grandi spirituali e secolari fino al terminare del secolo XII. le due classi principali (che furono più tardi chiamate dei principi e signori), l'una abbracciante coloro che esercitavano diritti ducali, sia che ne portassero o no il nome, i quali per conseguenza erano immediatamente uniti al regno; l'altra composta di quelli che non trovavansi nelle circostanze dei primi.

L'origine della supremazia territoriale. Dalla unione dei diritti sovraccennati, di immunità dei grandi ecclesiastici e secolari, e dall'essere ereditari i feudi e le contee, trasse origine la *supremazia territoriale* (1). Per le patenti di privilegi dello imperatore Federico II 1220 e 1230 fur confermate le prerogative già conseguite. I diritti della supremazia territoriale abbracciavano l'amministrazione della giustizia, il potere di proteggere le persone sottoposte a quel diritto e dimoranti nel territorio, l'appello militare, nonchè il diritto finanziario e delle imposte, essendochè il signore territoriale in parte senza dipendere dall'approvazione degli stati percepisce rendite demaniali, regalie, multe, e censi; e in parte dipendendone ottenesse sussidii e rinforzi. Il signore territoriale avea la sua corte ed i suoi impiegati di corte, non altrimenti dello imperatore. Ed ugualmente tenea le sue auliche adunanze e le diete provinciali, intese specialmente quest'ultime a comporre le contese dei grandi e ad esercitare la volontaria giurisdizione. Era pur necessario in tutti gli affari territoriali d'importanza il consultare i grandi (2).

IV. Il *sistema feudale* (3) divenne il legame rannodatore di tutte le parti. Il *sistema feudale del regno* formossi, come osservammo, dal convertirsi le grandi cariche in beneficii, gli impiegati del regno in vassalli col mutare l'opinione sulla natura delle cariche poichè furon ridotte ereditarie, e facendosi stimare l'ufficio siccome oggetto del beneficio o del feudo. Feudi dello impero erano in tal tempo — sendo stati tali fin dal XII secolo — i ducati, i margraviati, le contee palatine e quelle territoriali, nonchè le contee immediate quando non le erano conferite in proprietà, indi pure i domini dei singoli beni del regno, le giurisdizioni, ed altre regalie. Del resto anco nei singoli territorii ebbe a progredire di molto il sistema feudale. Le molte oppressioni a' tempi delle incessanti ostilità, il bisogno d'essere sotto la protezione d'una person possente di molto, fu più volte causa che si consegnasse la libera proprietà nelle mani dei grandi ecclesiastici e secolari, con riserva di certi diritti; come pure che si contribuisse un censo o canone su tali beni, serbata però la proprietà del fondo. Arrogi che i liberi più poveri vol-

(1) Eichhorn, § 299 e seg. Walter, § 195.

(2) Walter, § 263.

(3) Id. § 138.

lero in tal guisa sottrarsi al servizio militare per essi pesantissimo, ed in loro vece s'aumentò in seguito il numero de' militi non liberi, come anco quello de' liberi che dedicavansi alle armi, accollivi come vassalli, e compensati con benefecii. Nell'ultima guisa parecchi beni ecclesiastici e molte decime ritornarono nelle mani secolari (1). Ma gli stessi possidenti più ricchi, ai quali era forza servire a cavallo nel decadente esercito, preferivano pel maggior decoro e per molti altri vantaggi di ridursi a vassalli di qualche seniore, dietro consegna in feudo di loro proprietà. In generale un tal movimento nel sistema che stiamo osservando, fu presso i feudi del regno ed altri, ben presto sì predominante, che tennessi fino di collegare con esso alcune signorie allodiali. Anche i feudi che non si riferivano a cariche del regno, gradatamente per consuetudine divennero ereditarii. In Italia Corrado II 1037 per la decisione della dieta tenutasi a Pavia, stabilì la legge essere ereditarii i feudi, e tal principio fu da lui favorito anche in Germania, ove però ritrovavasi vivente siccome costumanza tradizionale dal secolo XII in poi. Di tal guisa i vassalli furono meno dipendenti dai loro Seniori, ed in generale si giunse così all'arbitrio e alle scendenti dannose conseguenze.

I ministeriali. Importanti cangiamenti succedettero in questo ceto. Essi che originavano fino dai tempi di Carlo Magno, e che costituivano un ordine a sè soli, per nulla somigliante ai liberi, nè ai servi comuni, si partivano in in 3 categorie. 1) I ministeriali del regno, che a questo già da principio appartenevano, ovvero erano addetti al servizio del principe che poscia fu eletto imperatore, e che votavano e giudicavano in un coi principi nelle diete del regno, 2) i ministeriali dei principi ecclesiastici, delle abbazie e conventi, 3) i ministeriali dei principi secolari, conti e signori, che erano inferiori di grado. I cangiamenti nel prieco rapporto di ceto, scesero dall'avere i ministeriali ottenuti molteplici stabili benefecii, dall'essersi trasmutata la relazione di servizio nel diritto feudale, o smessa la contrapposizione di liberi e ministeriali sullo scorcio del secolo XIII, sì che nel secolo XVI del sistema di servizio non s'ebbe più manco il nome (2).

Le cariche dell'Impero e della corte (3). La carica suprema la era quella dell'*arcicancelliere*, cui per costume copriva uno dei tre vescovi renani, e da ultimo spettò permanentemente all'arcivescovo di Magonza. L'ordinario servizio di cancelleria non era provveduto da lui stesso, ma da un vicecancelliere da esso nominato. Le quattro grandi cariche di corte dell'antecedente periodo, cioè quella del siniscalco, del maniscalco, del

(1) Id. § 198.

(2) *Walter*, § 211 vi aggiugne: « dopo aver operato beneficamente per più secoli e pel nobilitamento della servitù, per la coltura e pel costume, per la fondazione di un degno ed intimo rapporto di sudditanza, nonchè per lo sviluppo di una ordinata amministrazione e costituzione del paese ».

(3) *Walter*, § 250 e seg.

coppiere e del camerlingo, sino dal XIII secolo ebbero ad essere attribuite a certe case principesche. Ma questi ufficii di corte non erano se non di rado esercitati personalmente da coloro cui spettavano, e quelli che faceano le funzioni loro, a poco a poco trassero a sè e conseguirono esse cariche come un diritto ereditario, sì che noi troviamo presso dell'arcimaniscalco una carica ereditaria di maniscalco.

Gli stati dell'impero (1) cui l'imperatore convocava alle diete essendo egli legato al loro consiglio, com' anche all' acconsentimento quando trattavasi di diritti bene acquistati da essi stati si divideano in tre classi, cioè in quelle dei principi, dei conti e dei signori, ai quali si aggiunsero nel secolo XIII gli inviati delle città dell'impero. Soven- ti volte alle diete dell'impero trovavansi congiunti dei sinodi ecclesiastici. Il procedere degli affari non era per anco regolato. Ma nel XV secolo si fermò il costume, che alla dieta i principi elettorali si radunavano in un collegio più ristretto, gli altri principi, conti e signori in un secondo, ed i deputati delle città dell'impero in un terzo. Oltre a che l'imperatore tenea di spesso delle diete di corte e di principi (*conventa curia*), radunando una piccola cerchia di grandi, allo scopo di preparare le cose che doveansi trattare alla dieta, ovvero per terminare affari di minore importanza.

Il sistema bellico dell'impero, cominciandosi dall'antico appello alle armi, venne modificato cardinalmente per la diffusione del sistema feudale, avvegnachè allora divenisse la milizia feudale la parte più importante dello stato. I militi a cavallo formarono il passaggio all'ordine cavalleresco. Il seniorato abbracciò il rapporto di sudditanza ed in gran parte l'appello militare, e la nazione mostrossi divisa solo in due classi, l'una formata de'militi dell'impero sia che combattessero pugne nazionali o staccate scaramucce; l'altra di gente tranquilla che rimaneasene a casa intendendo all'agricoltura, ma che sendo vincolata al fondo e sottoposta alla protezione altrui veniva aggravata con imposte e servigi. E questa classe di uomini cangiò di leggieri in dipendenza dalla corte, il rapporto di sommissione e di debolezza in cui si trovava. Riformato il sistema dell'esercito, fu mestieri che ciascun membro degli stati dell'impero recasse il suo contingente composto dalla gente che gli apporteneva, dai suoi ministeriali e vassalli. Simili contingenti distribuivansi secondo il grado delle *sette bandiere dell'esercito*. Una matricola imperiale determinava più tardi con maggior precisione il numero de' militi che si doveano offrire, ad arruolare e mantenere i quali doveano provvedere gli stati dell'impero. A verun buon risultato (2) condusse una tassa generale guerresca, che in occasione della guerra degli Ussiti 1427, venne imposta come gabella del così detto « quattrino comune » (*gemeinen Pfennings*).

(1) *Eichhorn*, § 290 e 435 *Waller*, § 335, e seg.

(2) *Eichhorn* § 294. *Waller* § 200, 249-253 e 451.

Le città (1). Un prosperevole sviluppo toccarono le città, con che furono poste delle basi gagliardissime di un nuovo ordine, nonchè delle guarantee spirituali ed industriali, dalle quali doveasi ristabilire il principio germanico di libertà e reggimento spontaneo, e distruggere le istituzioni del medio evo. La costituzione di esse città germogliò da radice tedesca, nè la si può spiegare, come si ebbe già a tenere per certo, da una continuazione della costituzione cittadina romana, avvegnachè le città sotto i Romani al Reno ed al Danubio perdessero i proprii ordini durante la trasmigrazione dei popoli (2). Solo nei secoli X e XI si composero di nuovo le città germaniche con elementi indigeni, formandosi tuttavia esse in maniere svariate, in guisa che convenga distinguere tre sorta di città secondo la natura del publico potere che trovavasi operare nell'origine della loro fondazione, vale a dire: le città vescovili, le regie ovvero quelle del regno, e le territoriali che sorsero però molto più tardo. Le costituzioni delle città vescovili ove ad un tempo risiedeva il vescovo, formaronsi dai privilegi d'immunità che spettavano ad essi prelati per le loro città. Le città dell'impero derivavano per lo più l'origine loro da castella e ville imperiali, e dai luoghi forti dello stato. In varia guisa sorsero le città territoriali col cadere nelle mani a signori aventi diritti di conte. Queste varie città il cui reggime trovavasi da principio abbandonato a' vescovi, a' prefetti regii o signorili, la massima parte delle quali non si avea altra rappresentanza cittadina se non quella degli scabini, rapidamente si elevarono a tanta agiatezza e possanza, che la cittadinanza anelando a si innalzare ottenne in breve, nel XII e XIII secolo, un collegio di consiglieri, di consoli, di giurati e quindi anche di borgomastri da loro eletti. All'estero si strinsero esse in parecchie confederazioni. Le prosperità in che si trovavano acconsentiva loro spese volte di approfittare delle strettezze dei principi, per acquistare de' beni oltre la linea delle mura, e di trarre a sè e giurisdizione e carica di podestà. Frattanto avvennero di molti cangiamenti nell'interno delle città, muovendo dal secolo XIV in poi per l'estendersi e ravvalorare il ceto degli industriali, che anch'esso faceasi a reclamare la sua parte della conseguita libertà (3). I mestieri si unirono fino dal secolo XII in corporazioni e maestranze la cui sussistenza dipendeva dall'approvazione del signore della città, ricevendo quei corpi d'artefici da esso signore e dal consiglio cittadino i loro capi. Ma nel secolo XIII le corporazioni s'ebbero quasi generalmente il diritto di scegliersi di per sè il loro maestro. Lotte ostinate e parecchie volte sanguinose le quali terminarono in vantaggio del ceto operaio, le ebbero a collocare in una posizione più rimarchevole nell'amministrazione cittadina, essendochè tali combattimenti cessassero per lo più col cangiare l'antica costituzione cittadina,

(1) *Eichhorn*, § 310 e seg. *Waller* § 214-224.

(2) Osserva attentamente l'opera principale di *C. Hegel*, storia della costituzione delle città d'Italia, 1847, 2. par.

(3) *Waller*, § 222.

assumendosi per nuova base ai novelli ordini la divisione in corporazioni, di guisa che le maestranze toccarono un determinato numero di posti, ovvero s'ebbero una speciale sezione nel consiglio.

Le condizioni *religiose, morali e spirituali* svilupparonsi in varie tendenze.

Lo spirito *religioso* migliore e più possente dei suoi banditori secolarizzati, penetrò a poco a poco tutti i rapporti della vita, diritto e stato, scienza, arti e mestieri, in pratica fu di vasta utilità, e meno qualche traviamiento, gli effetti suoi furono nobilissimi. Anch'esso il potere ognor crescente del papato, favorito da decretali pseudo-istoriche, era sotto molti riguardi un benefico contrasto alla rozzezza dei costumi, alla libidine di dominio, all'egoismo del secolo, alla rilasciatezza del clero. Tuttavia i grandi possedimenti servivano di perenne stimolo a declinare dalla missione spirituale. Importanti conseguenze si ebbero le eresie. Fatta astrazione dallo slancio commerciale in seguito all'aprimiento di nuove vie di mare e di terra, dal maggiore avvicinamento e contatto reciproco dei popoli, trovavasi ringagliardita la comune coscienza cristiana (non altrimenti che avvenne per la guerra troiana la quale generò una comune coscienza greca). Il vero scopo, ma esterno, il conquista del santo sepolcro e della terra santa non fu però raggiunto. Il disinganno nelle vie esterne, condusse lo spirito alle cose sacre nella vita interna. In un colla dottrina strettamente scolastica, si palesò la tendenza ad un misticismo che profondamente penetrava la vita dell'animo (Bonaventura 1274). La vaghezza dello studio dell'antica letteratura, promosse cziandio l'indagine delle fonti nella sfera teologica. Le università (Parigi, Praga 1348) (1) divennero centri d'un più libero movimento spirituale. Lo spirito morale e religioso, alimentato da' profondi studii scientifici, diresse delle severe censure alla vita ecclesiastica fatta secolare, e non traendone alcun giovamento, anzi aumentandosi sempre più la demoralizzazione del clero, elevossi ovunque il grido d'una riforma che avvolgesse tutto il corpo ecclesiastico dal capo all'ultimo membro. Ma alla maggior libertà spirituale guadagnata per la scienza si unì anco il desiderio di godere d'una maggiore libertà giuridica e di abbattere le barriere feudali. A questa tendenza più libera, diede una gran spinta il diritto romano in allora risorgente, come quello che favoriva la libertà personale nell'intero sistema giuridico.

(1) Vienna 1368, Aldelberga 1366, Colonia 1388, Erfurt 1392, Lipsia 1408, Rostochio 1415, Lovanio 1428, Magonza 1441, Grissvaldia 1456, Basilea 1459, Friburgo 1460, Treveri 1472, Ingoistadt 1472, Tubinga 1477, Francoforte all'Oder 1506.

Epoca Terza.

Dallo stabilimento della pubblica tranquillità (Landfreide) 1495, fino allo scioglimento dell'impero 1806.

Questo periodo abbraccia lo stabilimento delle antitesi che si formarono nel periodo precedente, nonchè lo svolgere di elementi di civiltà, che da prima scomposero intimamente l'intero ordine di vita com'era fin'allora durato, e che da ultimo condussero allo scioglimento della costituzione occasionato da esterne circostanze. Di tal guisa venne convalidata la supremazia territoriale in contrapposizione all'imperatore ed all'impero; all'antitesi politica si unì la religiosa che veniva sostenuta dalla prima: poichè se non fosse stata previamente ringagliardita la supremazia territoriale, ben difficilmente avrebbe potuto la riforma mettere salde radici e fare sì celeri progressi. Dal suo canto la riforma contribuì al ravvaloramento della supremazia territoriale, e nel nuovo regno di Prussia sempre più dilatantesi si serbò nella più significante moderazione. Per l'interne turbolenze venne l'impero indebolito di molto in confronto all'estero. Gli stati stranieri immischiavansi non poco nelle cose germaniche, al che si aggiunse che parecchi principi tedeschi s'ebbero delle corone regali di luoghi non alemanni (il principe elettore di Sassonia Augusto II 1697 in Polonia, il principe elettorale Giorgio d'Annover 1714 in Inghilterra). Minacciato dall'oriente per la mezza luna, l'impero abbandonò alla Francia de' paesi importantissimi del proprio territorio. Si fu per fermo una vera fortuna che all'imperatore fosse dato appoggiare sovra una rimarchevole forza interna; che se per la non declinabile aspirazione di tutti i principi a favorire le proprie terre, non si può apporre allo imperatore d'aver sacrificato il benessere de' vasti suoi stati ereditarli a beneficio dell'impero, tuttavia questo si fu in parecchi riguardi dalla forza della casa imperiale protetto contro l'estero, e serbato nella sua dignità europea. La storia tedesca si fa indi innanzi una storia di singoli paesi. Ma non fatto calcolo dell'indebolimento politico, e delle molte guerre per la maggior parte combattute sopra suolo tedesco, non si deve sconoscere il progredire della coltura spirituale, morale, ed economico-popolare. Mentre in Inghilterra ed in Francia svolgevansi delle antitesi, eolà avvantaggiando la libertà politica civile, e presso l'altra il potere di stato, in Germania si diffuse da una quantità di punti centrali, una civiltà più universale e simile in tutte le direzioni sue. Venne in maggiore e più sublime amore la coltura spirituale, merè le università, che dopo la riforma furono in parte modificate ed accresciute, in parte appoggiate a nuovi e migliori principii (Halla, Gottinga). In generale pel primo grandioso sistema filosofico, produzione di spirito alemanno (Leibnitz-Wolf), ebbe luogo un gran sconvolgimento nella scienza ed in pratica. La filosofia divenne presso lo stato e la chiesa una terza potenza

libera vitale, e rimase fermo il vero principio spirituale riformatore, che suscitò e guidò mai sempre i conati di miglioramento della sfera cittadina e politica, nella legislazione civile ed ancor più nella criminale, e che fece sì che dominasse ovunque l'elemento umanitario. La rivoluzione francese arrestò alquanto il naturale sviluppo tranquillo, ma promosse ed agevolò il maggior concentramento col mediatizzare parecchie centinaia di stati ecclesiastici e secolari dell'impero (per la conclusione principale dei deputati dell'impero del 1503, avvenuta coll'interposizione della Francia e Russia). Essa diede la spinta, cui non era dato arrestare negli effetti, a togliere le condizioni del medio evo nell'agricoltura ed industria, ed occasionò finalmente lo scioglimento dell'impero 1806, che ricevette nel 1815 la nuova forma di confederazione di stati, dai vizi della quale facea mestieri venisse la necessità di una più vigorosa unione con cui condurre a possanza politica la Germania (1). — In quest'epoca fu d'uopo sceverare con ogni accuratezza l'organismo dell'impero dalla costituzione territoriale.

A. Organismo dell'impero.

Il principio fondamentale. L'impero assunse sempre più stabilmente la forma di uno *stato federativo* tenuto insieme dal nesso feudale. Dopo che ritrovossi ravvalorata la supremazia territoriale, che avea già fatto suo pro dei così detti *privilegia de non evocando*, 1270, come poscia s'era avvantaggiata della istituzione del giudizio dell'impero che dovea comporsi dallo imperatore in un cogli stati, e che avea volto a di lei utile anco la partizione in circoli (che dal 1321 in poi furono 10) dei quali ognuno formava una separata riunione di più paesi di maggiore momento; dopo ciò, per la convenzione elettiva proposta con non poche clausole dai principi elettori a Carlo V, si fe' decisivo per l'impero il carattere di stato federativo, carattere che venne da ultimo sanzionato come massima di diritto pubblico dalla pace di Vestfalia, 1648, la quale assicurava ai signori del paese la loro sovranità. — Quindi si distinse sempre tra diritto di stato dell'impero, e diritto di stato territoriale, e queste discipline si elaborarono nella lotta scientifica dei partiti (tra i fautori di Cesarei e quelli che teneano pei principi).

L'imperatore fino da Ferdinando I non venne più incoronato ad Aquis-

(1) Dal principio di questo periodo fino allo scioglimento dell'impero, regnarono: Massimiliano I. 1493-1518; Carlo V. 1519-1558; Ferdinando I. 1550-1564; Massimiliano II. 1564-1576; Rodolfo II. 1576-1612; Mattia 1612-1619; Ferdinando II. 1619-1637; Ferdinando III. 1637-1687; Leopoldo I. 1687-1705; Giuseppe I. 1705-1711; Carlo VI. 1711-1740, col quale si estinse la stirpe mascolina della casa d'Habsburgo. Dopo il breve intervallo in cui fu eletto imperatore il principe elettorale di Baviera Carlo Alberto, col titolo di Carlo VII. 1742-1745, venne elevato ad imperatore il marito di Maria Teresa, Francesco I. 1745-1764; Giuseppe II 1764-1790; Leopoldo II. 1790-1792; Francesco II, 1792-1806.

grana, ma a Francoforte sul Meno, luogo dell'elezione. Carlo V, 1530, fu l'ultimo che ebbe ad essere incoronato dal pontefice come imperatore romano e re di Lombardia. Da quell'epoca i monarchi germanici si dissero: « ELETTI IMPERATORI ROMANI » ed il titolo di « re romano » non si usò che pel successore dell'imperatore da questo scelto in prevenzione. I diritti imperiali limitaronsi ognor più in favore degli stati dell'impero. L'antico concetto d'una assoluta podestà imperiale, *plenitudo potestatis*, cessò. I diritti (1) dello imperatore in parte erano tali che a lui veniano riservati, *jura reservata*, siasi illimitatamente ovvero coll'approvazione dei principi elettorali; e nel resto, di siffatta natura, come è a dirsi della legislazione dell'impero, che non poteano esercitarsi se non se unitamente agli stati dell'impero. Diritti imperiali riservati erano il diritto del veto assoluto nella legislazione dell'impero, l'altro di esercitare la sovranità feudale dell'impero come *prodominus*, quello di rappresentare l'impero nelle relazioni estere (però limitatamente circa la conclusione dei contratti di stato e le dichiarazioni di guerra), la facoltà di nominare i conti palatini nonché il personate del consiglio di corte dell'impero, indila concessione di titoli e privilegi, il rendere privilegiate le università (l'ultima si fu Gottinga 1733) abilitandole a conferire gradi accademici, e a nominare dei nolai imperiali.

A capo degli affari di stato ritrovavasi come innanzi il principe elettorale di Magonza quale cancelliere dell'impero, ma desso veniva rappresentato alla corte da un vice cancelliere imperiale. L'ordine delle faccende fu stabilito da Ferdinando I, 1559, in guisa che i negozii risguardanti l'impero venissero separati da quelli delle terre ereditarie, ed i primi assegnati al consiglio di corte dell'impero, consiglio che adempiva agli uffici di tribunale di corte, come quello che avea la doppia qualità di consiglio dell'imperatore nelle cose dell'impero, dello stato, dei feudi e di grazia, e di tribunale di giustizia rappresentante immediatamente l'imperatore. All'incontro il giudizio delle camere dell'impero venne composto nella sua maggior parte dagli stati, ma senza buon esito, ed il corso della procedura in esso estremamente stentava (2).

I principi elettorali, il cui numero per la pace di Vestfalia venne portato da 7 ad 8, e più tardi a 9, e che in seguito sendosi estinta la casa bavarese elettorale 1777 ritornò ad 8, rimanendo tale fino al 1803, ebbero per la pace di Vestfalia ad essere limitati nei loro privilegi (a conservare i quali essi aveano rinnovellata nel 1533 la riunione elettorale), e ciò per la disposizione che la maggior parte degli affari dell'impero avessero a trattarsi alle diete colla cooperazione di tutti gli stati.

Gli stati dell'impero. Vi aveano delle signorie le quali erano imme-

(1) *Walter*, § 318.

(2) Una visita del giudizio delle camere ordinata da Giuseppe II 1772, fece conoscere che 61,333 processi non erano stati compiuti. Vedi *Warnkönig*, *Enciclo.* p. 307.

diale dell'impero senza essere stati, com'era il caso presso la numerosa cavalleria dell'impero riunita in corporazioni, e sussistevano cziandio alcune signorie le quali furono ridotte sotto la dominazione feudale di un qualche principe, senza che per questo cessassero di essere stati. Delle 334 signorie provinciali che numeravansi al principio del secolo XIX, rimanevano sole 266 con diritto di stati. Un completo cangiamento fu recato dalla principale sanzione dei deputati dell'impero del 1803, per la quale vennero secolarizzati tutti i possedimenti clericali ad eccezione di tre soli, come pure tutte le città meno sei (Augusta, Norimberga, e le quattro attuali Francoforte sul Meno, Lubeece, Amburgo, Brema) cessarono di essere stati immediati dell'impero.

La *radunanza dell'impero* dividevansi in tre *collegi* o *curie*: 1. dei principi elettoralì; 2. dei principi, conti e signori; 3. delle città dell'impero. A formare una decisione della dieta dell'impero, *suffragium imperii*, era necessario si trovassero d'accordo le tre curie, e che avessero l'approvazione imperiale. In ogni curia decideva per solito la pluralità dei voti, tuttavia nelle cose religiose richiedevasi l'unanimità, e qualora questa mancasse concedevasi un *itio in partes*. La dieta dell'impero alla quale nel secolo XVI e XVII l'imperatore e gli stati si recavano sovente in persona, dopo la dieta aperta nel 1663 a Ratisbona, dieta divenuta « permanente » trovossi composta di soli inviati, per cui il processo degli affari lenteggiò anco maggiormente. L'insieme degli stati cattolici e quello degli evangelici, all'intento di tutelare gli interessi religiosi, componea e alla dieta e nell'impero un corpo speciale (*catholicorum*, *evangelicorum*), il primo sotto il direttorio di Magonza elettorale, l'altro sotto quello di Sassonia elettorale.

La *costituzione della guerra, delle finanze, dei tribunali e della polizia dell'impero* immiserì sempre più. L'esercito dell'impero che componeasi di piccoli contingenti rare volte completi, e formati — specialmente dopo le guerre degli Ussiti — d'uomini mercenarii, serbò aneora qualche importanza, perchè l'imperatore nelle guerre dell'impero contribuiva una forza di truppe dei suoi stati ereditarii. Le finanze erano limitate alla ripartizione dei così detti mesi romani, fatta dietro la matricola dell'impero del 1521 (per ogni 128,000, fino dal 1737 soltanto ancora 58,280 fiorini). La cavalleria acconsentiva un *subsidium charitativum*. Decaduta l'amministrazione della giustizia, esercitata dal giudizio camerale dell'impero e dal consiglio imperiale di corte, che più tardi formarono un tribunale superiore d'appello per gli stati mediati dell'impero. A ciò s'aggiunse che ai signori provinciali venne sempre più esteso il *privilegium de non appellando*, dal che venivano astretti a tenere essi stessi i giudizi di terza istanza (1). In oltre allo imperatore mancava il più delle volte il potere esecutivo, e specialmente quando la parte soccom-

(1) Zöpfl II, p. 221.

bente ricorreva alla dieta dell'impero, il che da ultimo si ridusse quasi a consuetudine. Impossente trovavasi la polizia dell'impero, malgrado le tre migliorate ordinanze di polizia imperiale (l'ultima del 1577), le quali concernevano specialmente la moralità (lusso di vestiti, mendicizia, profanazione della religione, ecc.) nonchè il sistema monetario.

B. La costituzione territoriale. Nei territorii i signori, specialmente dopo la pace di Vestfalia, s'erano elevati ad una sovranità pressochè assoluta (ora chiamata *jus territoriale*, *jus superioritatis*, e supremazia del paese). La bolla d'oro stabilì nei principi elettorali secolari l'ordine della primogenitura che seguito dagli altri principi ebbe ad essere introdotto nel secolo XVII e XVIII in tutte le case che formavano parte degli stati dell'impero. I signori del paese allo intento della propria conservazione e sicurezza, ottennero il diritto di stringere alleanze con potenze estere nonchè di far pace e guerra con queste, purchè però non ne venisse pregiudizio all'imperatore ed all'impero, com'anco di potere inviare ambasciatori, dal che non è a dire quali vantaggi scendessero agli stati protestanti e come s'ampliassero le facoltà loro pel nuovo sistema ecclesiastico ed universitario. Alle quali cose servì solo di debolissimo limite la legislazione dell'impero, e nell'interno gli *stati provinciali*. I diritti di questi stati, diritti che nei singoli paesi erano diversi di molto e pei privilegi e per le usanze tradizionali, ma che però secondo la regola generale estendevansi all'esazione delle imposte per i bisogni del paese, nonchè di sovente ad amministrare la cassa di esse imposizioni, ed oltre a ciò di tratto in tratto a convocare delle ragunanze, vennero ognor più ristretti per l'influsso che non si può certamente sconoscere, dell'assolutismo introdotto in Francia da Luigi XIII e XIV. Nell'anno 1670 ebbe la dieta a fare una proposta allo imperatore Leopoldo I, perchè questi concedesse ai signori del paese un diritto illimitato di tassare i sudditi loro, ma l'imperatore appose il veto ed una tale inchiesta. Collo scioglimento dell'impero tedesco cessarono di sussistere anco gli stati provinciali, ed appena l'atto federativo del 1815, all'art. 13 diede di nuovo una prescrizione generale. All'incontro migliorossi il sistema militare in ciascun stato, e specialmente nella Prussia la quale servì di esemplare agli altri: perfezionossi pure il sistema finanziario introducendosi la gabella, dal che si fe' luogo anco per gli stati privilegiati ad un'imposta indiretta; e si svolse pure con maggior larghezza il sistema della polizia interna.

APPENDICE.

L'impero germanico si sciolse quando, stipulata la *federazione renana*, 12 luglio 1806, sotto il protettorato di Napoleone — federazione che in origine componevasi di 16 principi tedeschi —, l'imperatore Francesco II il 16 agosto 1806 con una nobile dichiarazione depose la corona germanica. Scosso il dominio francese, venne fermata indissolubilmente

all'8 giugno 1815 dai principi sovrani e dalle città libere tedesche la *confederazione germanica* (1), « una riunione animata dal diritto delle genti » allo scopo « di serbare la sicurezza esterna della Germania, nonchè l'indipendenza ed inviolabilità dei singoli stati tedeschi. » Simultaneamente la confederazione guarentiva ai sudditi degli stati della lega certi diritti, come (art. 16) la uguaglianza dei diritti civili e politici per i membri delle tre confessioni cristiane, una costituzione di stati provinciali (art. 13 ed atti conclusionali di Vienna art. 54), una ben ordinata amministrazione della giustizia (a. c. di V. art. 29, diritto di rimostranza per ricsuta giustizia), il diritto di poter acquistare proprietà fondiaria in tutti gli stati della confederazione (art. 18), e di poter passare a domiciliarsi da uno ad un'altro di questi stati. In oltre la lega si propose eziandio, però indirettamente, di agevolare quegli oggetti i quali malgrado per la loro natura non appartenessero alla sfera d'operosità della federazione, riguardavano tuttavia determinati vantaggi materiali e spirituali dello insieme degli stati dell'unione, ovvero del popolo germanico. L'organo centrale della confederazione si è la assemblea federale risiedente a Francoforte sul Meno, nella quale l'Austria (legge fede, art. 8) ha il diritto della presidenza, e la Prussia di far le veci di questa. Alla assemblea sono rappresentati tutti i membri della confederazione o soli o riuniti in varii gruppi, in guisa tale che 17 plenipotenziarii hanno 17 voti. Ove si tratti di stabilire o cambiare delle leggi fondamentali della federazione, di sanzioni riguardanti lo stesso atto della confederazione, di istituzioni organiche federali, di ordinanze volte ad un comune vantaggio d'altro genere, di confermare una dichiarazione di guerra od una conclusione di pace per parte della lega, d'accettare un nuovo membro nella federazione (art. 6, ed a. c. di V. art. 12), si costituisce l'assemblea federale in un *plenum* di 60 voti, che vengono ripartiti dietro stabilite proporzioni, fra i 17 plenipotenziarii, con riguardo alla diversa grandezza degli stati. Sulle leggi fondamentali, istituzioni organiche federali, *jura singulorum*, oppure vertenze religiose, non si può decidere nè in stretta assemblea, nè in *pleno*, a pluralità di voti (art. 7).

Questa confederazione, una cosa di mezzo tra federazione di stati e stato federativo, dovea trasformarsi pei movimenti del 1848 in un vero stato federativo. Tale sforzo andò a vuoto principalmente per non essersi osservati i più stabili e vitali rapporti. Tuttavia, avvegnachè una più gagliarda unione sia un'indeclinabile bisogno per accrescere la potenza esterna, e per l'interna tranquillità e benessere della federazione, quel tentativo può benissimo servire nel futuro di prova, che nè teorie astratte, nè esclusive vedute e reminiscenze storiche, devono servir di norma come

(1) Le leggi fondamentali della confederazione tedesca sono: l'atto federale alemanno dell'8 giugno 1815, e gli importanti atti conclusionali delle conferenze ministeriali di Vienna, del 15 maggio 1820.

si ha vaghezza di fondare una nuova forma ed un nuovo ordine politico, ma bensì fa d'uopo a tale intento muovere primieramente da un concetto chiaro e da una conoscenza esatta de' rapporti e bisogni reali e positivi.

SECONDO CAPITOLO.

Prospetto storico delle fonti del diritto.

§. I. *Epoca Prima.*

LE FONTI DEL DIRITTO FINO ALLO SCIoglimento DELLA MONARCHIA DEI FRANCHI (1).

1. *Le fonti del diritto in generale.* Innanzi la trasmigrazione dei popoli non conoscevano le stirpi germaniche (ad eccezione dei Goti, secondo la relazione di Jornandes) veruna legge scritta. Incerto è tuttavia il modo con cui si conservasse la memoria del diritto, se per segni, o per proverbii. L'emigrazione dei popoli fu occasione che si registrasse il diritto. Il perchè di tal novello costume consisteva in parte nel timore di perdere il diritto originario, com'anco nella necessità di stabilire i rapporti di possesso tra vinti e vincitori: di modificare (sendo aumentata l'agiatezza) le più importanti multe penali, e finalmente nell' essersi abbracciato il cristianesimo che richiedeva una riforma dei principii pagani, co' quali il diritto trovavasi in intima relazione. L'annotamento in mancanza di una dotta lingua scritta, ebbe luogo in un latino più o meno corrotto e frammisto a molte parole tecniche germaniche e dei nuovi dialetti romani (colla sola eccezione delle leggi anglo-sassone, scritte per la maggior parte nella madre lingua). Siffatte compilazioni approvate nella adunanza popolare sono chiamate *leges Barbarorum*, in contrapposizione alle *leges Romanæ* che sussistevano, come p. e. è a dirsi detta *lex Romana Visigotorum* (*breviarium Alaricianum*) e della *lex Romana Burgundionum*, nell'antico impero romano occidentale per le popolazioni non germaniche. I vincitori serbarono anche pei vinti il così detto *sistema dei diritti personali* ovvero dei *diritti di stirpe*, avvegnachè ciascuna schiatta fosse giudicata secondo il suo proprio diritto: e però i vinti nelle provincie romane, com'anco il clero, sendo avvevuta una fusione della nazionalità e del ceto, erano sopposti al diritto romano (2). Gli scritti dei sacerdoti e provinciali sui diritti popolari germanici fra cui riscontransi delle tracce di diritto romano, non sono però giunti sino a noi nella loro forma primitiva, ma con varie posterlori aggiunte e modificazioni. E Carlomagno all'intento di migliorare le condizioni

(1) *Eichhorn* I., § 29-44 e § 142-167. *Zöpfl* II., § 1-20. *Walter*, § 156-159

(2) In affari giuridici conveniva che le persone trovantisi in causa, per una espressa *professio juris*, indicassero il diritto secondo il quale vivevano. È da avvertirsi come nell'824 gli abitanti di Roma dovessero esplicitamente dichiarare a qual diritto essi bramassero conformarsi. *Walter*, § 156.

giuridiche fatte incerte di molto, ordinò che gli si inviassero delle relazioni sui diritti popolari di ciascuna parte dell'impero, ed i testi di siffatti ragguagli fece presentare in copie emendate alla dieta dell'802, ordinò si registrasse quanto non trovavasi per anco scritto, ed in seguito volle che mercè di aggiunte si migliorassero parecchi diritti popolari (1). La materia del diritto popolare viene porta specialmente dal diritto penale, ed in particolar modo dalle disposizioni sul contributo militare, sulle tasse penali, e sulle pene corporali minacciate contro chi turbasse la pace. Così pure formano quel contenuto il diritto pubblico del re e degli impiegati suoi, ed il sistema del processo giudiziario. I diritti di famiglia, d'eredità, e sui beni non vengono se non brevemente toccati; il contratto accennato solo nei suoi più generali rapporti. Da ciò ne segue che per molte relazioni continuava a sussistere un diritto di consuetudine non raccomandato alla scrittura. Siffatti diritti popolari manifestano parecchi concetti giuridici comuni derivanti dalla parentela di stirpe (2); tuttavia la originalità delle razze modificò alcuni diritti in guisa che fin da principio emerse nella vita giuridica tedesca, comunanza ed individualismo.

II. *Gli speciali diritti del popolo* (3).

1. La *lex Salica* (4), il diritto popolare più antico, che avea vigore nella metà settentrionale della Francia, venne scritta prima che i Franchi abbracciassero il Cristianesimo, indi ritoccata da Clodoveo (511) e nel IX secolo tradotta nel tedesco dall'alta Germania. In questo *lex* ritrovansi una glossa, la quale a motivo della continua applicazione della parola *malb* (*Malberg*, luogo del giudizio), vien detta la glossa *malbergica*, e tenuta da alcuni (Leo, du Méril, Waitz) per celtica, da altri (J. Grimm, storia della lingua tedesca, n. XX e seg.) come franco-antica.

2. La *Lex Ripuaria* s. *Ripuariorum*, che trovavasi principalmente valere lungo le sponde del Reno inferiore, e che vuolsi scritta dietro spinta del re austrasio Teodorico II (511-534), fu riveduta da Dagoberto I ed accresciuta con aggiunta tolta dalla L. Sal... — Al Reno inferiore, probabilmente sotto Carlo Magno, avvenne una speciale registrazione del diritto distrettuale di Santen, al che si usò il diritto ripuario ed i capitoli.

(1) *Walter*, § 146.

(2) *Zöpfl* II., 20, espone siccome comuni a tutti i diritti popolari diverse nozioni, p. e. il concetto della riunione dello stato quale istituzione giuridica (simile idea moderna per lo meno la non si trova nella *lex Visig.*), le nozioni di pubblica sicurezza, di imposta bellica, di pene, del *mundium*, *proprium* ecc. All'incontro le maggiori discrepanze riscontransi nei diritti sui beni coniugali, ed in quelli ereditari.

(3) Questi diritti popolari negli ultimi tempi furono oggetto di profondo esame per parte di *Gaupp*, *Richthofen*, *Waitz*, e specialmente di *Merkel*. Di ciò ne danno più esteso ragguaglio *Eichhorn*, *Zöpfl*, *Gengler*, e *Walter* nelle loro opere.

(4) Le migliori edizioni, *Loi salique* e. t. c. par *Pardessus*. Paris, 1843, *Waitz*, 1846, *Merkel* 1850.

3 La *Lex Burgundionum* sotto il nome di *Lex Gundobalda* (*Loi Gombette*), imperante dal meriggio delle Gallie sino all'interno della Svizzera, venne compilata intorno al 500 dal re Gundobaldo. All'incontro per la popolazione vivente nella metà meridionale delle Gallie, era in vigore secondo il diritto romano il *breviarium Alaricianum* che quinci propagossi sino alla Gallia settentrionale.

4. La *Lex Alamannorum* da prima — circa il 530 — raccolta sotto il nome di *Pactus*, a cui sotto Clotario II (613-628) si aggiunse una *lex*, ebbe ad essere rinnovata a' tempi del duca Lanfredo (730), e ridotta a miglior manoscritto da Carlo Magno.

5. La *Lex Bajuvariorum* è pure compilata sotto Dagoberto I, ma composta d'un antico patto e di parecchie disposizioni tolte dal codice visigoto (dalla collezione di Reccored) e dalla legge degli Alemanni.

6. Le *Leges Longobardicae*, raccolte in origine dal re Rotari (643), furono aumentate con aggiunta da Grimoaldo (668), da Luitprando (712-744), da Rachis (746) e da Astolfo (748 e 754). Sullo scorcio del secolo XI ebbero ad essere coordinate sistematicamente in tre libri, col nome di *Lombarda*, e s'ebbero pure delle glosse.

7. La *Lex Angliorum et Verinorum, hoc est Thuringorum* (dei Turingi, secondo E. Müller e Waitz: Turingi del basso Reno), che è certo formossi dopo i tempi pagani; e riveduta alla dieta di Aquisgrana, 802, si offre per una miscela di elementi giuridici anglo-verini, franchi, e sassoni-frisii (Gengler p. 163).

8. La *Lex Frisionum* e

9. La *Lex Saxonum*, scritte enrambe sotto Carlo Magno.

10. La *Lex Visigothorum* vuolsi scritta regnando Eurico (466-484), e riformata sotto Reccored I. (586-601). Chindasvindo (642-652) pubblicò un nuovo codice, emendato dal suo successore Recesvindo, obbligatorio per tutti i Visigoti ed i Romani. Quella legge fu novellamente riveduta da Egica (701) e da Viliza (710). Un tal codice, detto anche *Forum judicium*, rimase in uso per lungo tempo. Nel secolo XIII sotto Ferdinando III. (1234) se ne fece una versione spagnuola (in antico castigliano) nominandola *Fuero Juzgo* (forum judicium) (1).

11. Le *Leggi anglo-sassone* dallo scorcio del VI secolo fino al secolo XI compreso in parte (2).

III. I *Capitolari* (3). Le ordinanze franche provinciali e del regno, nel periodo dei Merovingi nominate *constitutiones, edicta* ec. dette fin

(1) I varii giudizi su questo esteso codice, vedili presso Gengler p. 133. Quello manifesta, con una coltura molto avanzata, anco la tendenza alla pollarchia, nonchè lo spirito d'intolleranza.

(2) Pubblicate nella lingua primitiva con traduzione da R. Schmidt, I. p. 1332.

(3) La migliore edizione critica dei capitolari, trovasi nei *Monum. Germ. Hist.* di Pertz, t. III. 1835, t. IV. 1837.

dai tempi dei Carolingi *capitula*, *capitularia*, vennero composte dai re, in parte mediante cooperazione delle adunanze del regno e di tutto il popolo, in parte emanate esclusivamente da loro, e scritte in lingua latina. Esse si riferiscono specialmente alla costituzione dello stato e dei giudizii, all'esercizio del diritto punitivo, all'appello dell'esercito, alla polizia della sicurezza e della moralità, alla chiesa ed alla scuola, al traffico ed al commercio, al sistema finanziario ed alla economia di corte. Degli originali e delle copie ufficiali, nulla rimase, ad eccezione di due piccoli frammenti. E però le collezioni dei compilatori appoggiano ad esemplari posteriori. Siffatta raccolta venne fatta da prima dall'abate Ansegiso 827, e distribuita in 4 libri. La collezione posteriore del diacono di Magenza *Benedetto Levita* 843, trasse la materia sua non già dai capitolari, ma dalle fonti del diritto romano ed ecclesiastico.

IV. *Le formule* (formule), i formulari per giuridiche bisogna formano col diritto il cominciamento dell'occupazione scientifica. Fra le collezioni di formule, la più importante si è quella in due libri del monaco Marcullo (*charte regales et charte pagenses*), uscita verso il 600. Gli altri formularii scoperti di quando in quando (1), in parte ricevono il nome del luogo per cui furono destinati, ed in cui vennero scoperti (*F. Arvernenses, Alsatice. s. Sangallenses etc.*), ed in parte dell'editore.

Epoca seconda.

§ II. LE FONTI DEL DIRITTO DALL'888 FINO ALLO STABILIMENTO DELLA PUBBLICA TRANQUILLITÀ, 1493.

In quest'epoca il diritto pubblico continuò ad essere regolato dalle leggi dei re franchi, alle quali si aggiunsero quelle dell'impero del medio evo, che principalmente si rapportano allo stabilirsi della pubblica tranquillità, ed alle pene pel turbamento dell'ordine pubblico, e ben poco al diritto privato (2).

Pei rapporti di *diritto privato* si fe' luogo grado grado in ispecial modo nelle fonti alla importante riforma, per cui il sistema del diritto della persona assunse un carattere assai locale, e nel secolo VI il diritto popolare venne convertito in provinciale. Le registrazioni latine del diritto popolare, le quali oltre a ciò non contenevano per lo più che le sanzioni penali, erano straniere al popolo.

Di più giudicavansi le relazioni civili secondo il diritto di consuetudine non scritto, che fu pure, registrato o no, la fonte più importante del diritto.

Si fu in questa stessa età che perfezionossi il diritto feudale, si diede stabilità al diritto canonico, e fu adottato il *jus romano*.

(1) *Walter*, § 132, ne diede la più esatta enumerazione.

(2) Il materiale ancor sussistente fino al 1313 è raccolto nel quarto (secondo) volume dei *Monumenta Germanæ*.

Seguendo le fonti conviene considerare partitamente il diritto privato tedesco (ed il feudale), il diritto feudale longobardo, nonchè il canonico:

1. Le fonti del *diritto privato tedesco* hannosi a dividere in fonti di diritto *comune* e *privato*.

A. Le fonti del diritto comune sono le leggi dell'impero ed in ispecialità i libri di diritto.

a. Le leggi dell'impero non riguardavano se non in parte il diritto civile, la procedura ed il diritto penale.

b. Importantissima fonte si furono le registrazioni note sotto il nome di *libri di diritto* (1), scritte da privati, nonchè i lavori del diritto vivente, i quali per la maggior parte ebbero autorità di legge. Siffatti libri giuridici scritti in un tempo nel quale non erasi per anco sufficientemente riconosciuta la supremazia territoriale onde foggiate il diritto secondo i diversi paesi, abbracciano un diritto *comune* veniente dalla coscienza alemanna non peranco modificata dall'influenza del diritto straniero, quantunque questo si ritrovi pure frammisto e confuso di molto con diritti particolari. E s'ebbero a raccomandare i diritti allo scritto perchè presentato il pericolo dell'essere lo svolgimento giuridico tedesco impacciato dal prevalere del diritto romano.

1. Lo *Specchio Sassone* (2), che si biparte in *diritto territoriale* e *feudale sassone*, è messo insieme — almeno per quanto riguarda il diritto territoriale — da un cavaliere e prefetto dell'Anhalt, *Eike da Hefgow* (3) (verosimilmente intorno al 1226, e secondo Walter § 297 tra il 1231 ed il 1283). Confuso vi si riscontra l'ordine nel quale vennero poste le materie, quantunque l'esposizione e per esattezza e legame delle parti la non sia senza merito. Benchè fosse quel lavoro fatto per la Sassonia, tuttavia i suoi principii sono quelli del diritto comune. Anco il diritto territoriale venne glossato circa l'anno 1340, e pare probabile lo fosse per cura del cavaliere marchegiano *de-Buch*, che avea già prima pubblicato un'avviamento al processo, una glossa dei prefetti sotto il nome di *via dei giudici* (Richtsteig) secondo il diritto provinciale, al che si congiunse nella seconda metà del secolo XIV una via giudiziale del diritto feudale. — Il diritto

(1) *Walter*, § 297 e seg. Zopf II, p. 102 e seg.

(2) La edizione migliore e completa dello *Specchio Sassone*, del diritto territoriale e feudale (coll'*auctor vetus de beneficiis*) la è quella di *Homeyer* s. ed 1842-44, 2 vol. Un'altra edizione accurata con' eccellente traduzione, si è pur quella di *Sachse*, 1848.

(3) Parecchi, fra i quali *Walter* § 297 ritengono che quel lavoro sia stato scritto da prima in latino, indi voltato in tedesco; altri invece non ammettono tale opinione. D'una traduzione latina non rimane verun vestigio. Del testo tedesco abbiamo manoscritti in lingua della bassa, media ed alta Germania, e innanzi la traduzione latina, in olandese e polacca. L'opera divenne fonte del diritto cavalleresco della Livonia. — Lo *Specchio sassone* gi è ancora vigente in molti paesi, e specialmente nelle terre reali e ducali della Sassonia.

feudale (intorno a che probabilmente lo stesso autore scrisse da prima un'opera in versi latini con riguardo al diritto provinciale, autore detto dagli editori *auctor velus de beneficiis* fu recato, e pare dello stesso cavaliere, in lingua tedesca con libera e completa esposizione. L'antica opera latina, che s'ebbe solo delle scarse aggiunte, verso la fine del secolo XIII, fu ancora voltata in idioma tedesco, e tale versione venne detta dal luogo in cui conservossi il manoscritto, il diritto feudale di *Görlitz*.

2. Il così detto *Specchio Svevo* (avente nei manoscritti il nome di diritto provinciale e feudale, e più tardi chiamato il diritto degli imperatori), libro di diritto territoriale e feudale, fu composto da ignoto autore che riformò anco il diritto feudale sulle basi del diritto feudale della bassa Germania da lui conosciuto. E fu composto all'intento di stabilire un diritto comune superiore ad ogni altro diritto provinciale, secondo i principii dello Specchio Sassone (in antichissima forma), ma con modificazioni e completamenti eseguiti mercè il diritto romano, il canonico, la bibbia, i diritti popolari (specialmente le leggi bavaresi e degli Alemanni), i capitolari e leggi dello impero. L'intera opera ebbe origine tra il 1276 ed il 1281. — La esposizione e la lingua difetta però della precisione giuridica dello Specchio Sassone. — Sullo Specchio Svevo appoggia il libro di diritto ragguardevole per svolgimento scientifico (un diritto particolare per la provincia di Frisinga, a cui si congiunse un libro di diritto della città) di Roberto di Frisinga 1328.

3. Il *piccolo diritto degli imperatori* d'ignoto autore, verosimilmente intorno al 1400, tendea ad offrire un diritto universale per l'impero. onde propende troppo spesso per il diritto franco; ma esso è di poco pregio.

B. Le fonti del diritto particolare sono i pronunziati, i diritti delle provincie, delle città, di corte, e delle cariche.

a. I *pronunziati* (1), ovvero le attestazioni degli scabini o dei giudici o dei periti circa il diritto vigente in un qualche giudizio del distretto, nonchè le *sentenze*, in ispecial modo delle corti superiori, formano una fonte perenne giuridica, ed accolgono però gran parte del diritto comune.

b. Sendosi perfezionati i rapporti territoriali, vennero registrati i diritti provinciali per varii intenti ed in diverse forme. Ciò fu il caso specialmente dei diritti *frisii* (2), una maniera di jus popolare, per cui il popolo seppe salvare le sue antiche istituzioni contro l'invadente sistema feudale. Del resto si condusse a miglioramento anco il diritto feudale e mercè leggi emanate dai Signori del paese col consenso della loro dieta, e per i libri di diritto i quali erano collegati vicendevolmente e scritti sulla base della costetudine della provincia. Di siffatta natura gli è il diritto provinciale *austriaco*, composto probabilmente intorno

(1) Pronunziati raccolti da G. Grimm, 1840-42, fin ora 3 vol.

(2) Sulle tre classi degli stessi, v. *Walter*, § 304. La migliore edizione: fonti giuridiche frisie con dizionario di C. de *Richtofen*, 140, 4.^o

al 1300, che tratta in breve della organizzazione giudiziale, della procedura, del diritto feudale, del punitivo e di quello ereditario (1). Lo stesso dicasi del diritto provinciale del *territorio renano*; di quello di *Berg* (entrambi del secolo XIV) e dell'antico bavarese del 1346 (2).

c. I *diritti municipali* (3). Siccome il sistema municipale si fu nel medio evo un elemento essenzialissimo, così sviluppossi pure negli importanti diritti delle città il concetto giuridico tedesco, libero e gagliardo secondo i rapporti e le bisogna. Esso sistema trasse origine dai privilegi imperiali e signorili, acconsentiti perchè si serbassero e si rievessero prerogative cittadine. Sulla base di quelli si svolse spontaneamente un diritto per tutti i rapporti comunali. Muovendo dal secolo XII si collegarono a quei privilegi le elezioni di cittadinanza, i pronunziati, le sentenze degli scabini, ed anco nuovi vantaggi, venendo spesso state presentato il tutto per l'approvazione al Signor supremo, più tardi servendosi però del diritto romano, e preparandosi in tal modo la così detta *riforma*.

4. I *diritti di corte e sui servizi* importanti per l'apprezzamento de' rapporti de' contadini, vennero pressochè tutti formulati a mo' di aforismi.

II. Il *diritto feudale longobardo, libri feudorum*. Il diritto feudale che generalmente formossi parte per tradizione, parte per leggi imperiali (in Lombardia particolarmente emanate alle diete, e sui campi di Roneaglia), com'anco per le sentenze delle corti feudali, specialmente per la corte dell'impero, venne la prima volta scritto scientificamente in Lombardia, e questo diritto feudale longobardo adottato unitamente al diritto romano s'ebbe in Germania ugual forza.

I *libri feudorum* longobardi sono anch'essi lavori privati che aumentando a poco a poco, e coordinati in relazione ad un tutto, conseguirono forza di legge. Essi trovansi composti di tre parti, che vennero unite negli attuali due libri. Da prima formossi, già innanzi al 1137, un trattato, il quale ebbe a svolgere il diritto feudale nelle sue differenze col

(1) È desso stampato nelle: *Ludewig Reliquie* etc. t. IV. 1-23 (contiene 37 paragrafi); nonchè nelle *Senckenberg Visiones* p. 213-268. Confronla Zöpfl II 1. p. 182.

(2) Dato ultimamente alla luce 1854 in Friburgo, collezione IV. 387-492.

(3) I più importanti diritti delle città sono: il diritto di *Colonia*, formatosi prima del 1120, che originò quello di molte altre città; il diritto municipale di *Lubecca* sussistente avanti il 1170, varamente compilato, che propagossi a parecchie altre città, estendendosi fino a Revel quate città colonica di Lubecca; quello di *Magdeburgo* 1188, si diffuse nella Slesia, Boemia e Moravia; gli statuti di *Goslar* in 3 libri, esculi prima del 1300 (edizione e lavoro di Goschen, 1846) si estendono a molti luoghi come il diritto della città d'*Augusta* del 1276; il diritto municipale di *Praga* (edizione di Rössler, v. 1, 1846; il 2. v. contiene il diritto municipale di *Brünn*); quello di *Bamberga* del secolo XIV (celebrato da Zöpfl). Le più recenti collezioni dei diritti delle città, le sono quelle di Gaupp 2 v. 1851-52, e di Gengler 1852.

diritto romano, e che formò la base del primo libro del posteriore partimento. In esso si riferisce la opinione di Gherardo Negro milanese, contemporaneo di Federico I, benchè non sia dato provare aver quello contribuito a scrivere esso libro. Quindi occorrono due trattati (forse circa il 1188) del console milanese Oberto dall'Orto (imperante Federico I), sulla natura, acquisto e perdita del feudo, che riuniti in un tutto ed ingrossati con aggiunte, formano ora: *feud. li l. 1—27*. Finalmente intorno la metà del secolo XII vi si riuni una compilazione di consuetudini feudali, di giudizi degli scabini e delle leggi imperiali di Lotario II e Federico I. E tutto ciò conoscevasi sotto il nome di *consuetudines* ovvero di *liber feudorum*, avanti il 1166 a Bologna e fu glossato da Bulgaro (1166) e da Pillio (circa il 1207). Tale raccolta venne accresciuta delle costituzioni imperiali, e ciò specialmente per opera di Ugolino Presbitero (1235), che le pose anco come appendice in seguito alle 9 collezioni delle novelle, onde quell'aggiunta s'ebbe il titolo di *decima collatio*. Jacopo di Ardizzone verso il 1230 coordinò parecchie altre cose, siccome *capitula extraordinaria* (1). Tutta l'opera, ad eccezione dei *cap. extraord.*, fu arricchita da Jacopo Colombo, circa il 1240, di particolarissime glosse, che da Accursio furono accolte pressochè tutte nella *glossa ordinaria*. In Germania venne ricevuto il tutto fin dove era glossato, come appendice del diritto romano.

III. Il diritto canonico. Il diritto canonico quello cioè elaborato dalla chiesa romana cattolica, e avente la di lei sanzione, toccò in quest'epoca la sua più importante espressione e saldezza nel *Corpus juris canonici*. Esso rapportasi in particolar modo, ma non esclusivamente alle relazioni ecclesiastiche. Vale a dire che la chiesa mercè lo sviluppo storico, non fu soltanto forte della giurisdizione in cose spirituali, oppure in quelle ove trapelava un qualche rapporto religioso, come è dirsi delle quistioni sulla validità di un matrimonio, sui testamenti; ma che il clero avea benefizio di foro privilegiato ecclesiastico, anco per gli affari prettamente civili (p. e. in domande per debiti, non però nelle controversie nascenti da un fondo o da un feudo). Di più il potere punitivo della chiesa s'estendeva, e ciò per moltissimo tempo ed anco in età non lontane, ai delitti qualificati per « vizi peccaminosi » od ecclesiastici. Il che esagerossi in guisa, potendosi ciò fare agevolmente per l'incertezza del rapporto della chiesa verso lo stato, ed essendovi anzi un eccitamento nella credenza fondamentale di quella, che da Innocenzo III (1200, al c. Novit. 13, X de judic. 2, 1) ebbesi a fermare nel diritto canonico una massima, per la quale ogni pretesa civile, come quella che poteva sempre

(1) Questi *capitula extraordinaria* furono accolti da Cuiacccio nella sua edizione dei *libri feudorum*, da lui divisi in 8 libri. Una tal distribuzione venne poscia abbandonata, epperò nelle recenti edizioni al secondo libro tien dietro subito il quarto.

risolversi nel peccaminoso ritenimento dello altrui, potea essere portata avanti il foro ecclesiastico, per la qual cosa la vita civile sarebbe stata assorbita dalla ecclesiastica (1). Dal che ne seguì, non essere mai stato in pieno vigore tutto il diritto canonico, manco nei suoi più favorevoli momenti. — Perdettesse esso di sua forza nella confessione evangelica, a motivo dell'essersi questa staccata dalla chiesa, e la perdettesse in tutto quanto concerne la costituzione ecclesiastica; ma tuttavia rimase qual fonte di diritto comune in parecchi rapporti giuridici civili, che da esso vengono regolati e total volta anco in opposizione al diritto romano, come pure rimase norma alla procedura ordinaria.

Per le fonti del diritto canonico, ponnosì distinguere tre epoche: la prima dall'origine della comunione di vita cristiana, fino alla raccolta del monaco Graziano, 1151; la seconda termina col chiudersi del *Corpus juris canonici*; la terza fino a tempi nostri.

Nella *prima epoca* veggiamo essere pel diritto ecclesiastico specialmente importante, oltre le fonti del dogma, della *Sacra Scrittura* e del *symbolum Nicæum* (325), le decisioni dei concili, le decretati (epistolæ, decreta, rescripta) dei papi, come pure le raccolte di tali elementi, cioè *a*) quella di Dionigi il piccolo, abate romano (336); *b*) la così detta *Collectio Isidoriana*, ovvero la collezione spagnuola a cui prese parte S. Isidoro di Siviglia (636); *c*) la collezione pseudo-isidoriana (che pare avesse origine nell'arcivescovato di Magorza verso l' 840 (2)).

Nella *seconda epoca* si forma e si compie il *Corpus juris canonici*. Questo *Corpus* composto di collezioni del diritto canonico, le quali ebbero esclusiva autorità siccome fonti pratiche di diritto ecclesiastico, abbraccia le quattro parti che seguono.

1. Il *Decretum Gratiani* (1151), di un monaco bolognese, e da lui stesso chiamato *discordantium canonum concordia*. Gli era un lavoro privato una miscela di estratti della sacra scrittura, dei santi padri, dei canoni, decretati, a cui appartenevano specialmente anche le raccolte pseudo-isidoriane, del diritto romano e dei capitolari, con aggiunta di particolari osservazioni (*dicta et partes Gratiani*). La collezione di Graziano — ad eccezione dei *dicta* — venne illustrata unitamente al *corpus juris* di Giustiniano da giurisperdenti bolognesi, ed ebbe però ugual forza di quello. Il Decreto si divide in tre parti, *partes*; la prima e la terza sono divise in egual modo, cioè in *distinctiones* e queste suddivise in canones. La seconda parte invece trovasi distribuita in 36 *Causæ*, casi giuridici intorno ai quali vennero fatte di molte *questiones*, al cui scioglimento servono i *canones*. La terza delle quistioni — il c. 33 (de pœnitentia) — dividesi

(1) *Walter*, § 601. Dal diritto provinciale, p. e. dallo Specchio Sassone III 87, §. 1, non venne però ammesso codesto, ma più tosto vietato con minaccia di pena.

(2) I varii giudizi sulle decretati pseudo-isidoriane li trovi per esteso appo *Gengler*; p. 411-424.

nuovamente in sette distinzioni. (Si cita p. e. *can. 2. Caus. 9. quest. 1*; la terza parte come la prima soltanto coll'aggiunta *de consecratione*.)

2. La *Collezione delle Decretali*, pubblicate formalmente da Gregorio IX 1234, e rimesse alle università di Bologna e di Parigi, venne compilata per ordine di Gregorio, da Raimondo di Pennaforte. Essa siccome collezione delle extravaganti, viene contrassegnata con un x (Extra), sendo che a quell'età tutte le fonti di diritto canonico che non si trovavano presso Graziano, si appellavano *extra decretum Gr. vagantes*. La Collezione si divide in 6 libri (judex, judicium, clerus, connubia, crimen), e questi in titoli tra i quali hannovi i *capita* o *capitula*. (Si cita p. e. *cap. 1. X de fide instrum. 2, 14.*)

3. Il *Liber sextus decretalium* gli è un mero supplemento dei 5 libri della raccolta di Graziano, pubblicato per valore di Bonifacio VIII, 1298, e si parte ugualmente in 5 libri ed in titoli. (Si cita p. e. *cap. 1 de Electione in VI, 1, 0*).

4. *Clementinarum (sc. constitutionum) libri V.*, pubblicati da Clemente V., 1313, contengono principalmente le decisioni del concilio di Vienna 1311, e le decretali proprie di esso pontefice, in 5 libri e 32 titoli. (Si cita p. e. *Clem. 1 de Electione 1, 3*).

Queste quattro, che vennero non altrimenti della raccolta giustiniana arricchite di una glossa ordinaria, specialmente per cura di Bernardo parmense (1268) formano il *corpus iuris canonici clausum*. Le posteriori aggiunte (*Extravagantes Joh. XXII. und extrav. communes*) non hanno alcuna forza di legge (1).

IV. *Adottamento del diritto romano*. In quest'epoca avviene, ma con molta ripugnanza (2), l'adottamento del diritto romano, non già come legislazione imposta novellamente, ma quale diritto di consuetudine. Oltre le cagioni interne già per noi discorse, contribuirono a ciò parecchi motivi esterni. Prima di tutto la credenza venisse rinovellata l'impero romano per Carlo Magno, credenza secondo la quale teneasi la legislazione di Giustiniano come quella di un precursore; ed alcuni imperatori, come p. e. a dirsi di Federico I, si riportavano alle costituzioni imperiali romane, non altrimenti che a leggi dei propri predecessori, onde l'applicazione del diritto romano per opera del sacerdozio. Finalmente l'influenza

(1) La recentissima buona edizione del *Corpus J. C.* è: *Corpus jur. can. e. l. c. ed. Aem. Lud. Richter, Lips. 1835, 2. vol. 4.*

(2) Su tale avversione v. *Kraut. Schizzi di lezioni sopra il dir. pr. ted. § 87, Zöpf II., p. 178, Hillebrand dir. pr. ted. p. 26. Lutero ed Ulrico di Hutten* (questi nella sua poesia satirica *Nemo*) si mostrarono avversari alla tendenza giuridica romana. Anche l'imperatore Massimiliano I. non amava i giureconsulti « che soleano allegare gli scritti di Bartolo e di Baldo siccome infallibili oracoli. » Sulle rimostre degli stati provinciali, vedi *Kraut* al suo cit. Contro tal sistema si espresse più energicamente di tutti la cavalleria bavarese 1499; vedi *Hillebrand* suo. cit.

della scuola dei giureconsulti a Bologna, dopo la metà del secolo XIII, nonchè l'assunzione dei dotti nel diritto romano a consiglieri di corte, e poi a membri componenti i giudizi. Per siffatte circostanze crasi effettuato l'adottamento, lorchè lo si ebbe a rafforzare istituendosi il giudizio della camera dell'impero 1403, la quale trovavasi composta di 16 giudici, de' quali 8 doveano essere dottori in diritto (straniero), e gli altri, cavalieri (di certo quali rappresentanti del diritto tedesco). I 16 chiamati a tale dignità erano obbligati a giurare per i Santi « di giudicare in armonia al diritto comune e dello impero, com'anco a seconda de' regolamenti, statuti e consuetudini rette ed onorevoli dei principati, delle signorie e delle giudicature, che da essi componenti quella camera fossero adottati. » In ciò si scorse agevolmente l'aspirazione a leggi straniere. Nel giudizio della camera dell'impero, si fece ben presto preponderante il diritto romano, e da essa movendo influì pure decisamente sui giudizi dei territori.

§. III. Epoca Terza.

DAL 1403, AGLI ULTIMI TEMPI.

In questa età d'aspirazioni, di tendenze staccate, auco le fonti generali di diritto ne si offrono più scarse. Affievolito rimaneva il potere dell'impero, e fatto straniero il popolo allo stabilimento del diritto a motivo dell'essersi adottato il diritto romano ed il processo canonico scritto e segreto. Gli è bensì vero che il diritto canonico perdette formalmente la propria autorità presso i protestanti, ma tuttavia si mantenne in vigore fra essi per quelle materie le quali non erano in relazione di sorta colla gerarchia e col dognia, e specialmente nel processo civile. Il diritto romano in breve tenne la supremazia. I dotti giureconsulti aveano in conto del vero diritto imperiale scritto, per il che convenia fosse severamente provata alle parti la sussistenza di consuetudini tedesche ad esso sistema ripugnanti. In oltre parecchie istituzioni alemanne regolavansi colle norme di quel diritto, onde molti equivoci abbarbicanti alla vita giuridica pratica in guisa, da non si potere manco oggi strapparnelli, senza pericolo li gravi disordini. Hannosi a riguardare più da presso in quest'epoca, a legislazione, il diritto di consuetudine, la scienza del diritto e le recenti modificazioni.

I. *La legislazione.* — A. *La legislazione dell'impero.* Come importanti oggi dell'impero convien menzionare (1): il regolamento giudiziario pel

(1) Le collezioni delle leggi dell'impero, sono: fino al 1756 la così detta *senkenbergica del 1747*: fino al 1794 una sistematica di *Gerstlacher 1788-794 in 11 vol.* (la 10ª parte contiene il diritto privato). Un proporzionato assortimento: *Emminghaus Corpus juris germ. tam publici quam privati*, . vo. 1844.

giudizio dalla camera dell'impero (l'undecima interessante revisione avvenne nel 1533, e la redazione posteriore nel 1613), al quale fu mestieri s'attengano a norma delle prescrizioni per quanto è possibile i giudizi provinciali di tutti i territori; il regolamento sul notariato 1542; quello penale, *constitutum criminalis Carolina* di Carlo V 1532, regolamento a cui per essersi opposti con protesta parecchi stati dell'impero, non fu messo tutto ad un tratto in pratica, ma lo si attuò gradatamente mercè l'influsso della scienza; le ordinanze di polizia dell'impero del 1530, 1548, 1577; la pace vestfalica, d'importanza anco internazionale, *I. P. O. (Instramentum Pacis Osnabrugensis)*, per cui in tutti i paesi dell'impero germanico fu garantita la libera professione di fede, nonchè la proprietà dei beni ecclesiastici posseduti al 1 Gennaio 1634: il nuovissimo recesso dell'impero (R. I. N., o R. (cessus) I. N.), di sommo interesse alla procedura tedesca. Dal 1663 fino al 6 agosto 1806 durante la dieta «permanente» a Ratisbona, occorrono decisioni imperiali, capitolazioni elettive e recessi di deputazioni. Il decreto principale della deputazione dell'impero del 23 febbrajo 1803 stabilì la secolarizzazione e mediatizzazione. Dalla origine della confederazione germanica, dal 1816 in avanti, incominciava di nuovo un'ufficio ma incompleta emissione dei protocolli della confederazione. Ma il deliberato di questa non si può applicare avanti sia pubblicato nei singoli paesi.

B. La *legislazione territoriale*, fatta astrazione delle registrazioni del diritto di consuetudine, occorrenti ancora in diversi luoghi e compilate per ordine di pubblica autorità, si tenne in conto di un'organo principale che conciliò il diritto romano col tedesco componendo le autonomie, quantunque ciò seguisse con palese preferenza del diritto romano. Le leggi territoriali concernono in parte la costituzione e la polizia, altre la procedura; nel diritto privato toccano specialmente del matrimonio e della tutela, e non di rado anco del diritto feudale (1).

I *diritti municipali* ebbero ad essere riformati dai fautori del sistema romano, e molte volte poco rimase dei prischi statuti. Una pregevole eccezione ne vien porta però dal diritto di Lubecca, 1586 (2).

II. Il *diritto di consuetudine* esercitò la efficacia sua ma soltanto in modo limitato, nel processo giudiziario mercè la pratica del giudizio della camera dell'impero; nel diritto e procedura penale per la pratica de' collegi sentenzianti tedeschi i quali venivano in importanza sempre maggiore, vale a dire per la pratica dei corpi giuridici e di alcune corti cittadine superiori, avvegnachè il regolamento di procedura penale del 1532 avesse agevolata la spedizione degli atti in cose criminali. *Benedetto Carpozow* (1666) se'abbracciare dai giudizi il regolamento di procedura penale di Carlo V (vuolsi firmasse più di 20,000 sentenze di morte, tra

(1) *Gerber*, § 22, ne porge dietro gli schizzi di *Kraut* ecc, più minutamente il prospetto di siffatte leggi territoriali.

(2) Vedi queste riforme presso *Gerber*, § 21.

le quali moltissime condanne di streghe). Nel diritto materiale privato, il costume tedesco modificò varie importanti istituzioni giuridiche romane, modificazione che di consueto ebbesi a contrassegnare come *usus modernus pandectarum*, ovvero qual *praxis j. r. in foro germanico*. Esso costume si mostrò anco più influente nel migliorare le istituzioni giuridiche prettamente tedesche, p. e. della comunione coniugale de' beni, dei patti ereditarii, del diritto del colono e del fittaiuolo circa i fondi campestri, nonchè del diritto commerciale.

III. La scienza del diritto tedesco attraversa in generale gli stessi stadii di sviluppo, corsi dal diritto romano. Il primo periodo muove da *Conring* (1681), il quale incominciò a lumeggiare vivamente (*de origine juris Germanici* 1645) l'autonomia del diritto nazionale alemanno. Lo studio più profondo del diritto romano appoggiato alle vere fonti di questo, iniziato in Francia da Caiaccio e poscia diffuso in Germania, insegnò a conoscere vie meglio il carattere fondamentale e specialissimo del diritto tedesco. I maestri di diritto naturale, per niun modo veneratori esclusivi del diritto romano, richiamavano parecchie fiate la scienza giuridica alemanna. *Thomasius* che rifiutò al diritto romano la forza di legge in molte dottrine, insistette ad un tempo perchè si approfondisse il diritto tedesco (1). La filosofia giuridica di *Wolf* s'avvicinava di molto al diritto tedesco. Dal principiare del secolo XVIII, dietro l'esempio di *Giorgio Beyer* (1707), alle università si emancipò dal diritto romano la trattazione del diritto privato tedesco. A ciò si collegava il progresso verso una indipendenza sempre più grande. *G. Fr. Runde* col suo nuovo trattato del diritto privato tedesco (da prima nel 1791), trattato che fa emergere « la natura della cosa » forma il passaggio all'epoca attuale. Per gli avviluppati pubblici rapporti, il diritto di stato tedesco divenne oggetto di uno studio assiduo e di somma utilità (2).

Il diritto ecclesiastico provò in quest'epoca gli effetti delle tendenze filosofiche proprie a tale età, più che fosse il caso pel diritto tedesco di stato. La riforma attribuita ai signori del paese il supremo reggimento della chiesa, mentre si fondarono ad un tempo circa il carattere della chiesa nei rapporti collo stato tre differenti sistemi, quello più vecchio

(1) Nello sviluppo del diritto tedesco si rese benemerita la scuola di Halla come pure oltre *Thomasius*, *Samuele Stryk* 1710 (*usus modernus Pandectarum*), *Ludewig* (1743), *Gundling* (1729), *Heineccius* (1741) per le sue *Antiquitates juris*, poscia specialmente *Pütter*, *Selchow Rudloff*, *Tafinger*. I principali scrittori di diritto feudale sono: *Schiller* (1703), *Struve*, *Stryk*, *E. d. Cocceji*, *Heineccius*, *Maskow*, *Westphal* (1792) e specialmente *G. L. Böhmer* (1797), i cui *principia juris feudalis praesertim Longobardici*, 1768, 7. ed. 1819, furono largamente diffusi.

(2) Quall scrittori di diritto tedesco di stato, meritano speciale menzione, *Ludewig* (1743), *Gundling* (1729), *G. E. Böhmer* (1740), *Schmauss* (1757), *Maskow* (1780), *Senkenberg* (1760), *Fr. C. de Moser* (1790), *Pütter* (1807), *Häberlin* (1808), *Schlözer* (1809).

episcopale o di devoluzione, l'altro *territoriale* combattuto specialmente da Thomasius, ed in seguito il *collegiale*. Ben presto si assunse anco un diritto naturale ecclesiastico, a fondamento del positivo. E nei paesi cattolici pure si rese più indipendente il potere dello stato, ed effettuaronsi di molte importanti innovazioni. Nella dottrina cattolica del diritto ecclesiastico tale posizione si trovò propugnata da un novello sistema (da quello del vescovo suffraganeo *de Hontheim* in Treveri, conosciuto sotto il nome di Giusto *Febronius*, 1775), e quindi i due sistemi concernenti la relazione del papa verso la chiesa, l'*episcopale* ed il *papale*, si ritrovarono in un opposizione più perfetta.

Sulle prime il *diritto penale* non ebbe ad essere menomamente migliorato. L'impulso ad una misura della pena in armonia al carattere dell'umanità, mossero dall'estero (Beccaria).

La nuova epoca da Kant avviata in una direzione *filosofica*, influentissima pel diritto penale, di stato e delle genti, fu poscia volta ad una direzione *storica* nella sfera del diritto romano — con egual vastità di disegno che si usò da Savigny pel diritto romano — da K. Fr. *Eichhorn* mercè la sua « storia dell'impero e del diritto tedesco » opera colla quale ordinò esattamente la materia, e per l'altro suo ignorato lavoro dogmatico del diritto privato tedesco (3 ediz. 1843). Dopo questo gagliardo impulso, la scienza giuridica tedesca si svolse sempre più forte in tutte le direzioni. La storia del diritto ebbe ad essere trattata ancor più diffusamente in armonia alle fonti, togliendosi alcuni rilevanti errori di Eichhorn. I diritti del popolo, non meno che le fonti della seconda epoca, furono argomento di profonde indagini (1). Sendosi rischiarate le fonti, il diritto privato s'ebbe un completamento materiale, e venne svolto con metodo più rigoroso e somiglievole a quel del diritto romano (2). Anco il recente ingegnoso tentativo (Gerber) di trattare il diritto tedesco secondo il metodo formale del *jus romano*, fa mestieri averlo in conto di un' eccitazione giovevole a svolgere concetti e formare istituzioni, nonchè a lumeggiare quanto avvi di caratteristico nel diritto te-

(1) I più rinomati storici del diritto si trovano molte volte indicati in quest'opera.

(2) Siccome cultori del diritto privato sono a segnarsi dopo Eichhorn; *Mittermaier*, *Phillips*, *Maurenbrecher*, *Wolf*, *Beseler*, *Renaud*, *Gerber*, *Hillebrand*, *Bluntschli*, *Walter*; schizzi fondamentali di *Heisse*, *Dieck*, e quelli di *Orloff* e di *Kraut*. — Svolsero distintamente il diritto commerciale *Pöhl* (1828-34, 4 vol.) e *Thöl* (1847, 2 ed. 1852), ultimamente *Briukmann* 1855. Meritano anco speciale menzione le opere di diritto privato, tra le quali il manuale di *Wächter* del diritto privato vigente nel regno di Württemberg (fin ora 2 vol. 1839-51), nel quale si fece in tale argomento il primo tentativo di riunire intimamente il diritto tedesco ed il romano. — Sovra speciali interessanti dottrine scrissero *Albrecht* (sul privilegio, 1828), *Deiters* (intorno la comunione dei beni coniugali 1851), *Kraut* della tutela 1855-57, *Dunker* (sugli aggravi reali 1857, e su tutta la proprietà 1855); *Beseler* (intorno i patti ereditarii 1855, 2. vol.)

desco. — Il diritto tedesco di stato in unione col diritto federale, lo si trattò sotto l'influenza della dottrina filosofica di stato (1). La scienza del diritto punitivo venne migliorata di radicale riforma, sulle basi di più profondi principii di psicologia e giuridica filosofica; indi nuove legislazioni penali (2) e miglioramento del sistema carcerario. Il processo penale negli ultimi tempi ebbe ad essere riformato in quasi tutti gli stati, mercè l'introduzione pel processo accusatorio e pel principio della pubblicità ed oralità, quantunque l'istituzione dei giurati non si facesse generale, ed anzi venisse novellamente soppressa. Ravvivandosi il senso religioso, il diritto ecclesiastico fu trattato in modo più profondo e storico, ed in una guisa favorevole allo sviluppo dell'organismo della chiesa (3). Si nel cattolicesimo come nel protestantismo manifestossi la tendenza di comporre la vita ecclesiastica in forme più salde e di renderla più indipendente dallo stato. Ma per questo non conviene tenere in minor conto la grave cura dello spirito cristiano superiore alle varie forme, nonché la conservazione dei diritti dello stato che tutto ugualmente accoglie siccome membri d'una comunità giuridica. I concordati (Baviera 1817, Austria 1835) ovvero gli accordi colla corte romana (Prussia 1821, Hannover 1829, la provincia ecclesiastica renana superiore 1821, o 1827) cercarono di regolare con maggior precisione i rapporti della chiesa cattolica collo stato.

IV *La codificazione ossia i codici moderni.* Dalla metà dello scorso secolo in avanti si manifestò quasi ad un tempo in parecchi luoghi la tendenza a redigere nuovi codici. Tale aspirazione la fu in gran parte desta dallo studio molto diffuso del diritto naturale, da cui si apprese essere possibile coordinare e ridurre a somma determinatezza le materie giuriche in armonia ai principii generali. In parte fu eccitata anco dall'attuale amore di organizzazione, e da quella maniera di reggimento ognor più ringagliardentesi, la quale dispone ogni cosa movendo dall'al-

(1) Il diritto tedesco di stato e di federazione venne, tranne alcuni lavori sulla legge renana di *Kölber*, *Zacharia*, *Gönnér* ed altri, trattato con tendenza più liberale da *Klüber*, (1817, 4. ed. 1840), ed anche storicamente in modo più profondo da *E. Zachariä*, 1841, 2. ed. 1853, e pressochè indipendentemente dal suo primo punto di veduta da *Zöpfl*, 3. ed. 1853. — Il diritto particolare di stato ebbe ad essere svolto da *Lanzig* e *Mirus* per la Prussia, ed assai bene dal *de-Wohl* per Vurtemberg, nonché da *Pözl* per la Baviera.

(2) Sul diritto penale, sui sistemi e gli scrittori, vedi la sezione nel diritto pubblico. Le moderne legislazioni di diritto e procedura penale, sono specificate da *Wernkonig*, *Enciclopedia* p. 383.

(3) Dal lato protestante hanno a menzionare; *K. Eichhorn*, principii fondamentali del diritto ecclesiastico, cattolico e protestante, 2 vol. 1833, e *Richter*, manuale del diritto ecclesiastico cattolico e protestante, 4. ed. 1843; dal lato cattolico: *Walter*, manuale del diritto ecclesiastico di tutte le confessioni cristiane, 10. ed. 1846, *Phillips*, diritto ecclesiastico, 3. ed. 1855.

to al basso com'anco dallo spirito che cerca rendere indipendente e staccato un governo da un'altro, spirito che già fu l'anima dei diritti provinciali, e che indi diresse stabilmente gli stati più importanti. Finalmente conviene enumerare fra le cause promovitrice della codificazione la confusione ed il viluppo delle materie giuridiche d'onde ne veniva una indicibile incertezza in questo ramo di civiltà, confusione cui cercarono togliere i cospicui sovrani che compresero profondamente le bisogna dei loro tempi, come è a dirsi di Federico il Grande e di Maria Teresa.

Primo fu compilato in Baviera sotto il principe elettorale Massimiliano Giuseppe III. un *codex criminalis* 1751, *judiciarius* 1753, e poscia un *codex Maximilianus*, dal cancelliere de-Kreittmayer, che ebbe anco a commentare e ne porse un sunto. — Perciò il diritto comune fu tenuto in conto di *sussidiario*. All'incontro le successive legislazioni erano destinate a togliere al diritto comune e quell'ultima forza ed ogni altra.

Nella Prussia Federico il Grande tosto che sali al trono ordinò al gran cancelliere Sam. de-Cocceji componesse « un diritto provinciale tedesco a cui dovesse servire di esclusiva base la ragione e le costituzioni delle provincie. » Il progetto relativo nonchè l'abbozzo di un nuovo regolamento di procedura furono anco stampati dal 1748 al 1751, ma non riposero alla aspettazione. In seguito venne incaricato il gran cancelliere de-Karmer di una nuova compilazione. Pubblicossi indi un nuovo regolamento giudiziario nel 1781, corredato più tardi di aggiunte e miglioramenti, quale « regolamento giudiziario generale per gli stati prussiani » 1793. Vi fu eziandio un'altro tentativo di compilazione d'un codice generale 1784-89, per cura specialmente di Suarez, compilazione che fu pubblicata nel 1791 per essere in vigore il 1 giugno 1792. Ma tal lavoro ebbe ad essere riveduto nel 1794, e ad esso tenne dietro la pubblicazione del « diritto territoriale generale per gli stati prussiani » il quale dovea aver forza di legge col 1 giugno 1794. Questo diritto territoriale abbracciò il diritto pubblico e privato (tra cui anche il penale, il commerciale ed il montanistico), ed abrogò il prisco diritto comune, lasciando tuttavia in vigore i diritti provinciali (di cui era a formarsi una collezione, ciò che non effettuossi per la Prussia orientale) (1).

Nell'Austria, l'imperatrice Maria Teresa nominò nel 1758 una commissione legislativa. Il progetto in 8 volumi ultimato da Azzoni nel 1767 non venne approvato. Dopo parecchi lavori ai quali presero parte specialmente Herten e de-Keess, sotto Leopoldo II, vide la luce un'altra prova compilata dal presidente di giustizia de-Martini già rinomato come docente di diritto naturale (1794-96), prova che si ebbe forza di legge nel 1797 in Galizia. Quel lavoro lo si sommise, imperando Francesco I, ad un'ulteriore revisione, specialmente al parere del referente della com-

(1) Più precise notizie sulla storia della codificazione prussiana, le trovi presso Blume, p. 122.

missione aulica de-Zeiller, e pubblicato il 1 giugno 1811 qual « codice civile generale per gli stati ereditarii tedeschi della monarchia », fu posto in vigore col 1 gennaio 1812. Poscia, il 1 gennaio 1816, lo stesso codice ebbe forza di legge anco pel regno Lombardo-Veneto e per la Dalmazia; e col 1 maggio 1853 per l'Ungheria, Croazia, Slavonia, Servia e Banato di Temes, in guisa che ora sussiste come codice generale civile per tutto l'impero (1). Venne dunque abrogato il diritto comune. Nel 1769 esci un nuovo regolamento criminale, la *constitutio criminalis Theresiana*; e sotto Giuseppe II un'altro regolamento giudiziario 1781. Il diritto penale del 1787, di quell'imperatore, ed il regolamento di procedura penale del 1789, furono abbandonati pel nuovo codice — 1803 — penale dei delitti e delle gravi trasgressioni di polizia, codice che poi nel 1833 ebbe ad essere completato da un'ordinanza sulle contravvenzioni daziarie. Nel 17 maggio 1852 fu pubblicato l'ultimo codice penale sui crimini, delitti e contravvenzioni, ed ebbe forza di legge col 1 settembre dello stesso anno. Il più recente regolamento di procedura penale, data dal 29 lug. 1853.

Oltre questi tre codici tedeschi convien menzionare il *Code civil* (2) francese del 1804 (modificato qual *Code Napoleon* nel 1807), e perchè esso trovasi in vigore in tutta la Germania posta al di là del Reno, che comprende la maggior parte della provincia renana della Prussia al lato destro, ed il badese (come diritto territoriale di Baden); ed eziandio perchè lo stesso accoglie in parecchie materie maggior copia di diritto germanico, di quello che non si abbia presso tutti i codici tedeschi.

Diversi di molto nel carattere formale e materiale sono questi codici.

Il codice bavarese non dovea essere se non una compilazione più scientifica delle varie materie del diritto comune. Sotto l'aspetto formale e considerato in relazione all'epoca di sua origine, presenta bensì tale lavoro qualche merito anche nella lingua, ma è di molto inferiore ai codici posteriori, ond'è che da parecchi anni si sta elaborando anche per la Baviera un nuovo codice civile.

Il codice prussiano e l'austriaco si distinguono per chiara e concisa esposizione; il piano loro è però diverso. Mentre il diritto territoriale che accoglie in sè tutte le sfere di diritto, non s'accontenta di stabilire soltanto gli essenziali principii e le deduzioni importanti, ma si addentra di molto nella casistica, servendo quindi più alla scienza che alle esigenze d'un codice; il codice civile si abbandona troppo all'opposta ten-

(1) Sulla storia della formazione del codice civile generale, vedi *Stubenrauch*, commenti al cod. civ. gen. Vol. I, 1854.

(2) Al *Code civil* si aggiunse il *Code de procédure civile*, 1806; il *Code de commerce*, 1807; il *Code d'instruction criminelle*, 1808; il *Code pénal*, 1810.

Fra questi ebbero ad essere essenzialmente cangiati per la legge 20 aprile 1832, il *Code pénal* ed il *Code d'instruction criminelle*. — La storia della codificazione francese vien porta in compendio da *Eschbach*, *Encyclopédie juridique*, 2. ed 1846, p. 279-284.

denza e non stabilisce se non principii generali e le più essenziali conseguenze, lasciando però sussistere parecchie dubbiezze ben anco sovra alcuni vitali concetti (p. e. sul possesso, sulla prescrizione, sulla proprietà) e sopra qualche norma generale. Il codice francese s'attiene ad una più giusta via di mezzo, ma non poche siate presenta vizii d'incertitudini inerenti all'astrattezza della lingua francese, ed ambiguità di concetti.

Il codice francese considerato nell'interno rapporto col diritto germanico e romano, presenta in modo rimarchevole in varie disposizioni ben più copia di elementi germanici, che non riscontrinsi in altri sistemi (1); e ciò si spiega da questo che nel formarsi essa legislazione si ebbe riguardo ai *coutumes*, specialmente ai *coutumes de Paris* per la maggior parte germanici. Il diritto territoriale prussiano (2) muove anche nella divisione del sistema da una veduta giuridica tedesca, dalla quale mostrasi pure animato maggiormente e nel suo insieme ed in molte istituzioni tolte al diritto romano, o comuni — da principio — a questa legislazione ed alla tedesca. Il codice austriaco non staccasi dal romano tanto decisamente come quello di Prussia, e palesa ad evidenza aver subito l'influsso di teorie del diritto naturale; ma in parecchie sue disposizioni riscontransi invece più schietti i principii giuridici alemanni (3).

(1) Codeslo venne dimostro con molta chiarezza da Zöpfl nell'articolo: « L'elemento germanico nel Code Napoleon » Inserito nel periodico giuridico di *Reysher e Wilda* 1841, vol. V. fasci 1, e storia dello stato e del diritto tedesco, vol. II, p. 198. Vc. anche *Gaupp*, l'avvenire del diritto tedesco, p. 68. Sono pure a derivarsi dal diritto germanico nel Code: le leggi fondamentali sulla potestà coniugale e paterna; il principio che « il defunto lascia l'eredità ai vivi », ed il possesso ereditario (*suizine*): l'opinione che l'erede ab-intestato sia il vero erede, heritter, però che non vi hanno eredi testamentarii in senso romano, ma soltanto diverse specie di legatarii, onde l'intera teorica delle ultime disposizioni viene trattata nel capitolo delle donazioni; la dottrina della comunione dei beni coniugali, che ha forza come di sota legale, e così di seguito.

(2) Troverai su tale argomento maggiori particolarità presso *Gaupp*, loc. cit. p. 42-43. V. anche *Löher*, il sistema del diritto territoriale prussiano 1862.

(3) V. *Gaupp*, p. 62. Al diritto tedesco si rapportano i più vasti concetti sul possesso e sulla proprietà, come pure della prescrizione a cui è contrapposto quello della usucapione come distintissimo; la regola tedesca « la mano deve prendere la mano » che si riscontra nella rivendicazione di cose mobili (§ 367), regola però alquanto modificata dal principio della *bona fides* dell'attuale possessore; il principio che il *periculum* di una cosa promessa, debba fino alla consegna sopportarsi dalla parte obbligata (§ 1049, 1464); il non essere concessa azione in giudizio pel debiti di giuoco; il trattarsi la cessione non altrimenti che un modo diretto d'alienare; il rifiuto dell'assioma romano: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (§ 554, 556); specialmente l'ordine di successione nella successione legale, basantesi sull'antico sistema tedesco della parentela (§ 750 e seg.)

Hannosi prima di tutto ad avere per salutevoli in riguardo pratico le conseguenze di essi codici, quantunque le non rispondano in generale a tutti i beneficii che da un codice attendevansi. Gli è per loro che si agevolò essenzialmente la sicurezza giuridica, e si diffuse la cognizione del diritto anche in cerchie le quali benchè fosser dotte pure erano aliene alla giurisprudenza. Che se « il popolo francese deve saper grado a'suoi codici, della somma unità interna, e della determinatezza della coscienza giuridica » (1), ottenuta eziandio mercè la pubblicità con cui amministrossi la giustizia; siffatto utile risultamento può benissimo derivare ad ogni paese lorchè si agevoli il diffondersi delle cognizioni giuridiche, per mezzo della pubblicità la quale tanto nel processo civile come nella giustizia punitiva non può incontrare ormai difficoltà di sorta. In riguardo scientifico avvenne un subito abbandono del diritto prima vigente, e nella Germania del comune. Disuguale in ciascun paese l'attività speculativa; più gagliarda in Francia, più limitata in Prussia ed Austria. Impertanto gli è un' indeclinabile dovere della scienza quello di ricongiungere siffatto diritto della legge positiva — conservandole però il carattere — alle prische sue fonti comuni (2), cioè di evitare ed il ritorno al pretto sistema romano, non meno che al germanico, e di tenere scrupoloso conto delle bisogna, e dell'atteggiarsi novello della vita.

Il risultato della storia delle fonti, gli è il seguente:

1. Havvi un diritto tedesco di stato comune a tutti gli stati federali germanici. La fonte più importante si è al presente il diritto federale, nè si ponno tenere per valevoli le autecedenti leggi imperiali. La sola eccezione la si riscontra in due decreti dell'impero, che pur sono trat-

(1) Parole di *Blume* (Enciclopedia p. 130), che lasciano desiderare alla Germania un simile beneficio.

(2) A siffatta congiunzione venne già in Prussia dala opera colle lezioni di *Savigny* sul diritto prussiano, esposte a Berlino nel verno 1819-20. Le opere di maggior momento intorno il diritto privato come è a dirsi dell'esposizione del dir. civ. pruss. 1838 di *de-Bornemann*, del diritto delle pretese ecc. 1836 di *Koch*, sono scritte a quell'intento. *Koch* dice nella prefazione: « Convieue si ricongiunga il diritto prussiano alla letteratura del diritto comune, e si smetta di separare un ramo dal suo albero, avvegnachè non possa per niuna guisa avvenire che fiorisca una branca quando non venga posta e coltivata in terreno rispondente alla sua natura, dovendo pur diversamente diseccare malgrado le più solerti cure artificiali. » — In Francia si ebbe a studiare di nuovo il prisco diritto da parecchi come da *Klimrath* (d'Alsazia), da *Laboulaye*, da *Laferrière*. Anche in Austria (« sul processo dello sviluppo della giurisprudenza austriaca » di *Glus. Unger* negli annali di *Schletter* della scienza del diritto e della legislazione tedesca, v. I. p. 383) si riconobbe ora essere necessaria quella riunione. — Si è fatto al presente un primo tentativo di tal cosa da *Glus. Unger* nel sistema del diritto pri. aust. gen. I. vol. 1850, se non che quest'opera si mostra di sovente troppo ligia al sistema ed alle opinioni dei fautori del diritto romano,

tati internazionali; la pace westfalica del 1648, e la precipua sanzione dei deputati dell'impero del 1803.

2. Il diritto di stato degli stati della federazione fonda in parte sul diritto federale, ed anche sulle leggi dell'impero per quanto queste si mantennero siccome costituenti il diritto territoriale comune, nonechè sovra leggi speciali a ciascun luogo, ovvero sui trattati.

Il diritto ecclesiastico varia secondo le confessioni; il diritto canonico rimane tuttavia anche pei protestanti una fonte comune giuridica.

4. Sussiste un diritto comune privato tedesco che muove da un punto di veduta giuridico uguale per tutti gli stati alemanni, il quale si compone di consuetudini scritte e non scritte, di leggi dell'impero, della pratica giudiziaria com'aneo della scienza a cui spetta specialmente di perfezionarlo.

5. I codici territoriali devono essere mantenuti in collegamento col diritto comune, e quantunque abbisognino di essere previamente rivisitati, hannosi ad avere in conto d'un primo e necessario fondamento per un futuro codice civile universale tedesco.

Terzo capitolo.

Breve prospetto dello sviluppo storico dei predominanti rapporti di diritto privato, con speciale considerazione dei cambiamenti avvenuti nell'adottamento del diritto romano: e rapida esposizione delle condizioni presenti (1).

I prevalenti rapporti tedeschi di diritto privato si svilupparono in origine dalla maniera speciale con cui il popolo e le sue stirpi considerava il diritto e la vita, e come assumevano un aspetto caratteristico ebbero ad essere nell'essenza loro modificate dal diritto romano, e negli ultimi tempi anche delle eredenze filosofico-giuridiche, ed economico-popolari.

I. RAPPORTI GIURIDICI DELLE PERSONE.

La *persona*, punto di partenza e meta del sistema giuridico, venne nella vita e nel diritto antico germanico afferrata più profondamente nella sua natura morale giuridica, nella sua libertà e dignità, di quello che non avvenisse in verun'altro dritto. La religione cristiana era adatta a ravvalorare ancor più intimamente simile concetto, e ad attribuirgli un carattere molto elevato. Ma dallo stesso avvenimento storico, la trasmutazione dei popoli, che spinse tutte le schiatte tedesche ad abbracciare il cristianesimo, venne agevolato l'avvilimento della personalità. L'esten-

(1) Zöpfl, v. II, 2. p. 233 e seg.; Walter 339 e seg.; Warnkönig, enciclopedia, p. 418 e seg.

dersi del potere sovrano, il cangiare delle relazioni di possesso, lo stabilirsi del sistema dei benefici ed il trasformarsi di questo in feudale, il concedere la proprietà allodiale in feudo, l'assimilare i liberi ed i servi (derivando cotesto quando da ignoranza, quando dal coscienzioso approfittarsi d'essa ignoranza), l'uguagliare fra di loro i diversi gradi di servitù, queste fasi tutte finirono collo estendere la servitù, colla quale camminò di pari passo l'oppressione spirituale. Il cangiamento cominciò dall'adottarsi del diritto romano. La riforma rialzò spiritualmente la personalità subbiettiva; la filosofia approfondì vie più l'essenza dell'uomo e dell'umanità, e rischiarandosi l'idea dell'uomo, ebbe la persona ad essere riconosciuta nella sua dignità e libertà morale e giuridica, e riconfermata ne' proprii diritti nello stato col togliersi i rapporti di servitù. Ed ora conviene che l'antica nozione alemanna, il vero spirito del cristianesimo, nonchè la filosofia, s'adoprinò a perfezionare in tutti i rapporti giuridici il concetto della persona in armonia alla sua natura esterna tanto morale che giuridica.

Nella distinzione *naturale* delle persone secondo la loro età e sesso, quest'ultimo rapporto s'ebbe ben presto importanti conseguenze giuridiche fondate nella relazione del *mundium*, le quali furono rese più grandi dalle condizioni giuridiche pubbliche e private del medio evo. La tendenza a parificare ambo i sessi nella sfera del diritto privato, favorita in parecchi riguardi dal diritto romano, a tempi nostri ebbe a farsi riconoscere giuridicamente quasi per ogni dove.

Nel senso *morale giuridico* era per la persona di sommo interesse l'onore, avvegnachè onore e diritto reciprocamente si condizionino (per la qual cosa questi due concetti ben di spesso sono adoperati nei libri giuridici del medio evo come equipollenti). I vari modi con cui menomavasi l'onore ed il diritto, (fatta astrazione della mancanza di pace, che conduce all'annientamento della persona (1)) recavano con sè certi effetti giuridici. Poche che venne accolto il diritto romano si avvisò che quei concetti di stremamento d'onore e di diritto fossero identici alla nozione che i Romani si avevano nella *infamia*, e quindi cercossi determinarli secondo le note di questa. Tuttavia la vita tedesca ha serbato la propria credenza, e così anco il costume benchè immutato di molto, può richiamare alla luce parecchie cose, specialmente le attinenti ai ceti ed alle corporazioni.

Per quanto spetta alle differenze di stato, Tacito conosceva di già i liberi ed i servi, distinguendo fra quelli i nati liberi (*ingenui*) ed i nobili (*nobiles*); e fra gli altri i servi (*servi*) ed i liberti (*libertini*). La trasmissione dei popoli aumentò considerevolmente lo stato ed i gradi di servitù, com'anco riformò la nobiltà conformandola variamente secondo il sistema dei benefici e dei feudi. Dal XII secolo sorse nella città una libera borghesia. Sullo scorcio del secolo XIII, nel ceto secolare venne

(1) Gerber, §. 39.

stabilita la differenza tra nobili, borghesi e contadini. Cominciando dal secolo XV la nobiltà si parti in *alta*, ovvero degli stati dello impero, ed in *bassa*, alla quale apparteneva la cavalleria e la nobiltà conferita per diploma, uso incominciato da Carlo IV, e la nobiltà personale che va sempre congiunta alla dignità di dottore in legge. La borghesia anch'essa era distinta per diverse gradazioni, ed i contadini pure ebbero fra loro stabilito delle differenze che si fecero sentire fino negli ultimi tempi. Aveanvi de' contadini godenti la proprietà piena delle loro corti e capanne, e manco sopposti ad alcuna podesteria; altri aventi proprietà di tali beni, ma però soggetti alla protezione di una signoria e stretti al censo; così pure de' liberi contadini che quei poderi tenevano in enfiteusi od in affitto; come anco dei semiliberi contadini obbligati al censo (*Lassenbauern* i quali scribavansi nel rapporto dei *Latenteute*); e finalmente de' contadini servi collocati a tempo ovvero in modo ereditario sopra un fondo (1). La mancanza di norme scritte, l'ignoranza della storia, e la tendenza ad opprimere il debole, fecer sì che molti contro ogni diritto fosser cacciati in una classe inferiore. — Il diritto romano, la filosofia del diritto e l'economia nazionale elevando il principio dell'uguaglianza giuridica fecero sparire pressochè completamente i diversi rapporti di classe. Oggidi sussiste ancora siccome distinzione di sommo giuridico interesse, l'*alta nobiltà* che è ristretta ai membri delle case regnanti e delle famiglie prima appartenenti agli stati dell'impero, membri ai quali fu conservato il diritto dell'uguaglianza di nascita (atti della confed. germ. art. 14). Nelle altre condizioni scorgesi la trasformazione delle classi distinte per *nascita*, in quelle diverse per *vocazione*, le quali ultime hanno d'uopo sempre più d'un diritto speciale per lo svolgimento de' loro propri rapporti.

Sulle prime fu differenza di sommo momento nel diritto tedesco quella che partiva le persone in *fisiche e giuridiche*. I vincoli della vita fatti più gagliardi ed intimi e l'aspirazione a vivere in più stretta consorte-ria, impressero alle persone giuridiche tedesche una fisionomia particolare e ad un tempo modificarono svariaticissimamente. Ai prischi comuni territoriali, ed alle consorte-rie delle marche, si aggiunsero i municipii ed in questi le corporazioni. In oltre il diritto canonico riunì ad essi le comunità parrocchiali, i chiostri e le fondazioni religiose; ed i nuovi tempi vi aggregarono non poche società commerciali e d'industria, come pure quelle costituite a scopi *spirituali* e morali. Il diritto romano co' suoi contrapposti concetti della *communio*, ove gli individui componenti la persona sono tutti *soggetti* del diritto, e della *universitas* in cui è l'unione giuridica che *manifestasi* soggetto del diritto, non basta alle esigenze del diritto tedesco, avvegnachè in questo vi abbiano molte *comunioni e consorte-rie*, nelle quali tanto la persona giuridica che i singoli membri *trovansi* avere delle abilitazioni in determinati rapporti e tendenze (V. lib. III.)

(1) *Walter*, 434-439.

II. RAPPORTI GIURIDICI VERSO LE COSE.

1. *Le diverse maniere delle cose.* Sulle prime nel diritto tedesco avea somma importanza la distinzione tra beni stabili e mobili, cioè tra cose immobili e mobili, partizione di grandissimo interesse specialmente nel diritto di famiglia e di eredità, la quale si conservò nell'attuale diritto comune, nonchè nei diritti particolari. Mentre nulla vietava che i beni mobili fossero soggetti al pieno potere di un solo, diversa era la bisogna circa i beni stabili, poichè per questi — in particolar modo come trattavasi d'alienazione od eredità — si faceva luogo a riguardi che influivano determinanti o limitanti sulle famiglie nonchè sui pubblici rapporti. Sendosi adottato il diritto romano invalsero con siffatta contrapposizione anco le altre partizioni delle cose.

2. *Rapporto giuridico della persona verso la cosa.* Fin dagli antichi tempi conoscevano i tedeschi la proprietà, limitata ai beni mobili, al cortile ed agli edilizii, ma non sulla campagna, la quale non potea tenersi se non in passeggero possesso. Dopo la trasmigrazione dei popoli e compiuto il conquisto, formossi della parte di terra assegnata a ciascun libero Germano, una proprietà veramente libera ed creditevole, cui si chiamò *Alode* (1) (allodio). quantunque con questo stesso nome si contrassegnasse anco la sostanza tutta lasciata da un defunto, nonchè il complesso dei beni costituiti in proprietà (2). Da siffatto uguagliarsi dei concetti di sostanza e di proprietà spiegasi come il diritto tedesco ammettesse anco una proprietà dei diritti (ond'è che nelle fonti istesse usa la nozione di *proprium*), veduta che incarnossi nel linguaggio del commercio, e passò nei moderui codici (3). Come nozione distinta dalla proprietà, formossi ben presto il concetto del possesso, la guarentigia (*Gewere*), e sviluppossi in una direzione staccantesi dal diritto romano. Divenendo familiare il diritto romano, fece parte del diritto comune la fine teorica sul possesso propria a quel sistema, ma la veduta giuridica tedesca non si perdè già colla parola in cui si manifestava, ma stette salda nella vita del traffico, e fu accolta per importanti applicazioni nei nuovi codici. Noi non segneremo qui se non le essenziali differenze della germanica guarentigia (*Gewere*), sulla cui natura corrono ancora di molte discrepanze (4) fra i fautori del sistema germanico. Le divergenze dal

(1) Waller, § 300. La parola *Alod* viene da *Grimm* Anti. Germ. p. 403 derivata da *al* (intero tutto) e *ôd* (bene). Altri come *Phillips* *DI. P. I.* p. 396, vogliono scorgere in quella voce, il motto *Loos* (sorte) (*Hluth*) *sora*.

(2) *Eichhorn*, § 37, *Waller*, § 300.

(3) Così pare il codice austriaco, § 333.

(4) Le recenti fondate indagini ebbero principio coll'opera di *Albrecht*, intitolata: « la guarentigia come base dell'antico diritto tedesco sulle cose » 1820. Una buona monografia in cui sono giudicate le varie opinioni, ne venne porta da *Sandhaas* nelle sue « trattazioni germaniche » 1822. Confronta *Waller* § 493-495.

diritto romano si manifestano nel rapporto della guarentigia tedesca con quel sistema giuridico, nonchè nella mancanza ad essa inerente dei mezzi giuridici possessorii e della vera usucapione, come pure nello estendere il concetto di quella, fino a renderlo analogo alla nozione della proprietà. La guarentigia (*Gewere* da *wern*, *wehren*, difendere, cui fa mestieri badare a non confondere con *Gewähr*, *Gewüre*, malleveria p. e. per difetti) esprime nella origine sua soltanto la tutela o difesa d'una proprietà, tutela a questa sempre inerente secondo il diritto dei popoli, ed accenna anco alla difesa o tutela di sè stessi. Non occorrendo ne' remoti tempi la guarentigia se non pei fondi, ne seguiva che la venisse concessa per assegnamento od investitura, *vestitura*, ed il rapporto che ne derivò verso la cosa fu detto guarentigia (*Gewere*), nome che in seguito indicava lo stesso fondo. Ma non andò molto che si conobbe come la sola investitura non guarentiva il diritto, ma potersi eziandio supporre un possesso acquistato per illegittima investitura, in guisa che una cosa appartenesse ad un'altro come proprietà, senza che ne avesse l'investitura, e viceversa. Quindi originò nel medio evo il concetto della guarentigia come rapporto guarentito dal diritto, cioè quale relazione guarentita di una persona verso una cosa, in breve, il rapporto giuridico di tutela. Da questo si può intendere, scostandosi dal concetto romano del possesso (1), come la nozione della guarentigia la si applicasse ad ogni rapporto verso una cosa, quando esso rapporto esigesse una tutela, e specialmente al possesso corporale che si chiamava la *guarentigia esigibile*; come pure a tutte quelle relazioni nelle quali convenisse guardare un rapporto giuridico qualunque verso una cosa, in guisa che il conduttore, il mutuatario, il depositario, e fino il possessore d'un'oggetto rubato in quanto ei si ritrovasse difeso da ogni arbitrario attacco, aveano una guarentigia. E da ciò pure si spiega come un simile concetto lo si applicasse anche alla proprietà, per quanto questa era un diritto da tutelarsi sulla cosa, e si chiamava la guarentigia *propriamente detta*. In oltre potendo avvenire che un'oggetto fosse in rapporto giuridico con varie persone, ne scendea che

(1) Parmi che molte dispute ed oscurità che si riscontrano nella esposizione del concetto della guarentigia, derivano dall'attenersi che fanno gli scrittori — senza che però se ne avveggano alla nozione romana del possesso. Ma la guarentigia tedesca fa d'uopo la si consideri quasi da un punto di vista diametralmente opposto. Avvegnachè mentre in ogni caso predomina nella teorica romana come un fatto la relazione *subbieltica* di una persona verso una cosa, trovasi inerente al concetto tedesco il momento *obbieltivo* della tutela, così come si offre nel complessivo ordine giuridico germanico. In generale la guarentigia si è la tutela di un reale o supposto diritto sopra una cosa, sendo indifferente che siffatto diritto concerni una facoltà intera o parziale sull'oggetto. Essa si rapporta bensì al possesso corporale, ma la non è nulla di corporale, e può, senza che faccia d'uopo ricorrere alla obliqua concezione romana del quasi possesso di diritti sopra una cosa, venire a tali diritti applicata.

vi fossero parecchie guarentigie circa una sola cosa, come la guarentigia della proprietà con quella dell'enfiteusi, e così via. Da ciò si scorge applicarsi la guarentigia non meno del concetto di proprietà, anche ai diritti, alle pretese richiedenti replicate prestazioni, come nei livelli e nelle rendite. Impertanto il concetto della guarentigia si appose da prima soltanto ai fondi, poscia ai beni mobili, da ultimo anco ai diritti. Una conseguenza del concetto tedesco della guarentigia la quale non si contrappone come nudo fatto al diritto si era, che in origine il diritto germanico non conoscesse (1) rimedi giuridici prettamente possessorii, quantunque come fosse il caso di spossessamento o spogliazioni violenti, si usasse una rapida procedura; per la qual cosa solo dopo la pace territoriale del 1821, e sotto l'influsso del diritto romano e canonico (petizione pel ricupero di cose rapite) si distinse l'azione possessoria da quella pretoria. Un altro corollario lo si riscontra in ciò che il possesso di anno e giorno, vale a dire di 1 anno, 6 settimane e 3 giorni (la così detta *giusta guarentigia*) non fondasse per nulla una vera prescrizione, sendo che il possesso avesse ad essere convalidato dal giuramento, il quale rappresentava il diritto; dal che più tardi formossi senz'altro la prescrizione quando smesso il giuramento, andava innanzi la cessione giudiziaria. Poichè fu adottato il diritto romano, ebbe vigore universalmente la sua dottrina del possesso, ma la giuridica teorica tedesca non venne dimenticata, sì che ebbe per quanto concerne l'estensione del concetto ad essere accolta nei tre codici più recenti.

Gli *speciali rapporti giuridici verso le cose* si perfezionarono secondo diverse direzioni.

Avvenuta la trasmigrazione dei popoli, ne si offrono come forme giuridiche del *possessione fondiario*: 1. la libera proprietà (*Allod*) che racchiudeva in sè il diritto a tutto ciò che producevasi sulla superficie e nell'interno (2), dal che sviluppossi il concetto del dominio fondiario, eziandio siccome un potere tutorio su tutti quelli che stabilivansi sul podere (pigionali o fittaiuoli); 2. il possesso fondato sovra una concessione fatta dal proprietario, concessione che manifestavasi in varie forme. Così la più antica di queste consisteva nello attribuire altrui delle pertinenze verso servigi e contribuzioni, sul che ebbe a formarsi un *jus curiae*; altri modi poi avean luogo mercè concessioni temporanee od ereditarie che faceansi da fondazioni o monasteri, com'anco per attribuirsi certi diritti a gente di servizio (ministeriali), e da ultimo per conferimenti ordinali secondo il diritto feudale. Dai due modi principali del possesso fondiario sorse quello stato, che poscia si offerse nel possesso fondiario degli stati, della nobiltà, dei cittadini e specialmente dei contadini.

Sono caratteristiche al diritto tedesco come trattasi di beni stabili, le maniere di proprietà designate coi nomi di *proprietà intera*, e *proprietà divisa* (V. lib. III.)

(1) Walter, § 496.

(2) Walter, 488 e seg.

Il concetto di proprietà intera fu per vero combattuto negli ultimi tempi da alcuni (Hasse, Dunker, Gerber) i quali mossero da un punto di vista romano della proprietà, e che usarono a tale intento una logica apparentemente severa, ma solo formale e per nulla apprezzante manco i rapporti; ma quel concetto deriva la origine sua dalla intima natura e vita tedesca. Siffatta proprietà intera, sorta in origine per l'*Almenda* (marca comune, bosco o pascolo) ebbe a ricevere col processo del tempo anco altre applicazioni, e ciò specialmente nel diritto di famiglie. Caratteristico gli è pure il concetto organico, che tanto l'*insieme* (il comune, la comunione), quanto gli *individui* avessero secondo le diverse tendenze, un diritto alla proprietà. Il concetto della proprietà divisa (1) per cui ad uno spetta l'utile, all'altro il diretto dominio di un fondo, trovasi bensì fondato sul fatto, ma primicramente svolto dalla teoria. E tal concepimento venne occasionato da un'errore de' glossatori i quali mal conoscendo il significato dei concetti romani della *actio directa* ed *utilis proprii* dell'enfiteusi, e per questa e pel feudo fecer luogo ad un *dominium directum* ed *utile*, dal che derivò nelle traduzioni una proprietà diretta ed utile. Tali concetti furono indi innanzi applicati ai feudi, alla enfiteusi, ai rapporti verso la superficie ed ai beni rustici ordinati sul modello delle enfiteusi.

L'*acquisto* della proprietà (2) avea luogo in modo primitivo, e per un affare bilaterale, nonchè per prescrizione (com'anco per successione creditaria, cui converrà considerare più avanti). In modo primitivo venne acquistato, come agevolmente si comprende, tutto quanto alcuno avea prodotto con una materia propria, o tratto dal suolo ecc., com'anco ciò che il vassallo, l'enfiteuta o censuario ricavavano dal fondo altrui. Ed avveniva cziandio sotto speciali modi l'occupazione di certe cose, come quelle a veruno appartenenti, p. c. animali selvagi, api ecc. Speciali rapporti sussistevano circa i frutti pendenti o cadenti sul fondo del vicino, giacchè a questi spettavano; come nell'acquisto di frutti quando trattavasi di devoluzione del feudo o del terreno livellario (secondo il proverbio: chi semina, raccoglie) ecc. In modo bilaterale conseguivasi la proprietà sui beni mobili in base ad un precedente contratto, mercè la semplice tradizione. Ma quando trattavasi di stabili, oltre il contratto (compera, permuta, donazione) faceva mestieri avesse luogo la consegna giudiziaria,

(1) Anche la nozione della proprietà divisa viene rigettata da quelli che malgrado propugnano le cose germaniche, pure favoriscono il sistema romano. Così vengon trattati come diritti su cose altrui, p. e. da Gerber, i feudi ed i contadineschi rapporti fondiari, l'enfiteusi, il livello ecc. E qui sorge anche involontariamente la domanda, per quale strana giustizia storica, e per quale politica si abbia negli ultimi tempi riunita la intera proprietà nelle mani di coloro che possedevano diritti su cose altrui, avvegnachè non sia manco da farsi parola di una esecuzione perchè l'altra parte non adempisse gli obblighi proprii.

(2) *Walter*, § 307-313.

o quella che effettuavasi avanti i testimonj, per la quale avveniva il passaggio della proprietà. A poco a poco si fé pressochè universale il sistema della consegna giudiziale (come era prescritta ognora dal diritto sassone), e dell'iscrizione nei pubblici libri. — L'acquisto per prescrizione determinavasi dal punto di vista, che il proprietario dopo un determinato tempo avesse abbandonato il suo diritto. Intorno a siffatto modo di abbandono e prescrizione non si trovano se non poche leggi, sì che il diritto romano ebbe quivi da riempire parecchie lacune.

A rivendicare la proprietà di cose mobili (1) non acconsentiva il diritto tedesco contro ogni possessore la severa *rei vindictio* romana, ma secondo i rapporti distingueva due azioni, secondo che una cosa era passata nelle mani di un'altro *con* o *senza* volontà del legittimo possessore. Nel primo caso quegli che avea per sè il diritto non potea promuovere nulla più d'un'azione personale contro il recevitore che era eventualmente tenuto a risarcire il danno (p. e. nel comodato, nella locazione, nel pegno, nel deposito), secondo l'adagio « la mano deve difendere la mano, » oppure « ciascuno deve cercare il suo credito ove lasciò. » All'incontro quando era il caso di una perdita involontaria (p. e. se trattavasi di cose rubate o perdute) faceasi luogo contro ogni terzo possessore ad un'azione reale che chiamavasi cominciamento, perocchè l'attore incominciava dal prendere la cosa.

Dopo che fu adottato il diritto romano, invalsero i di lui principii sul modo d'acquisto della proprietà e sulla giudiziaria rivendicazione. Ma nella stessa guisa che nell'acquisto di beni stabili trovavasi confermata l'istituzione tedesca della pubblicità mercè la necessaria iscrizione nel libro fondiario, così nella rivendicazione de' beni mobili (2) veggiamo esercitare influenza, almeno in modo giuridico particolare, l'adagio « la mano difende la mano. » Del resto la diffusione delle vedute giuridiche romane sulle proprietà, cooperò essenzialmente a liberar questa dai pesi venientile dalla servitù e da altri rustici rapporti, come: dalle decime, dalle servitù comandate e da altri pesi reali; e così pure influi a rendere allodiali i feudi, privi ormai della loro più vitale ragione di sussistenza.

Poche servitù vi aveano nell'antico diritto germanico, ed il diritto romano si fu pressochè la base esclusiva di tale maniera di diritti. Se non che anche per questi ed allo scopo di assicurarli, era prescritta per lo più come mezzo giuridico particolare, l'iscrizione nei libri fondiarii.

Per lungo tempo furono dal giuristi erroneamente trattati secondo l'analogia delle servitù i pesi reali del diritto tedesco (come *servitutes*

(1) Idi. § 302-306.

(2) Così pure nel Cod. Civ. Aus. § 367, quantunque anco con riguardo alla buona o mala fede del terzo possessore. Il linguaggio giuridico francese ha la massima: les meubles n'ont point de suite. *Bluntschli*, d. pr. te., I. p. 360. Anche il principio: en fait de meubles la possession vaut titre, vi si ritrova collegata.

quæ in faciendo consistunt), cioè quelle obbligazioni vincolate perennemente al possesso del fondo, specialmente alla prestazione dei censi fondiarii, decime, e servigi personali. Siffatti oneri reali, sulla cui natura giuridica si fanno tuttora di molte questioni, e che trovansi in relazione colla proprietà divisa (1), vennero per la maggior parte levati.

Nel diritto di pegno (2) conosceva il sistema giuridico tedesco fin dai primi tempi, allo intento di assicurare un debito, il pegno ossia la consegna di una cosa mobile come pegno. Tale rapporto fu regolato secondo le leggi romane. Eravi anche una consegna di fondi in pegno (detta *Satzung*) eseguita giudiziariamente, che abilitava in varie forme i creditori a prenderli in possesso. Ma dal secolo XIII in avanti venne in uso un'altra maniera di ipoteca senza possesso e godimento, e tale che per la consegna giudiziale e l'iscrizione fondava soltanto un diritto reale, la guarentigia, che rispondeva alla ipoteca romana alla quale poi conformossi. Se non che il sistema ipotecario romano ebbe ad essere essenzialmente migliorato mercè il principio giuridico tedesco della *pubblicità*, condotta a perfezione dalle moderne legislazioni e coordinato coll'altro elemento della *specialità*, in guisa che un'ipoteca per la sola iscrizione in un pubblico libro (libro fondiario ecc.) è valevole contro i terzi; come pure qualsivoglia ipoteca la non si può inscrivere se non per una determinata somma e soltanto sopra un fondo individualmente specificato, onde ne segue che un creditore può avere parecchie ipoteche speciali, ma non già una generale.

III. RAPPORTI GIURIDICI COLLE AZIONI, OVVERO IL DIRITTO DELLE PRETESE (3).

I. *In generale.* Il diritto tedesco delle obbligazioni, in seguito al lungo predominio dei vincolanti rapporti di proprietà fondiaria, non si emancipò dalle semplici norme e forme del traffico. Il fiorire delle città e del loro commercio nel medio evo ingenerò per certo una più accurata trattazione delle teorie generali e delle forme speciali del traffico; ma siffatto sviluppo fu interrotto dall'adottarsi del diritto romano, il quale col suo sistema perfezionato delle obbligazioni offriva ad un tratto quanto in Germania non potea essere se non la meta d'un gradato svolgimento. Per la qual cosa ebbe in questo ramo pieno vigore il diritto romano; se non che un diverso giuridico tedesco concetto della obbligazione in generale, com'anco del contratto e delle sue diverse specie, concetto che appoggiava al più vetusto diritto, fe' sì che si deviasse non poco dal sistema romano, ed anco come ora si sappia applicare rettamente, può quella veduta alemanna servir di guida ad ulteriore sviluppo.

(1) Una conveniente coordinazione delle varie opinioni ci porgono Gerber § 188, e Waller, di. pr. § 149.

(2) Waller, § 532-538.

(3) V. Beseler, § 117, Bluntschli, § 110.

Nella nozione tedesca dell'obbligo considerato siccome vincolo giuridico che unisce due persone, fa di mestieri tener calcolo specialmente del rapporto di libertà in che si trovano fra di loro esse persone, come pure dell'importanza del valore materiale (obbiettivo). Con ciò si rese possibile una più indipendente coordinazione dei rapporti della vita e del traffico, ma ad un tempo si occasionò il pericolo che venisse adottata una trattazione turbatrice dei veri rapporti tra persone e cose. Il diritto tedesco accorda agevolmente la sostituzione nell'acquisto d'un diritto concernente un'obbligo, e di tal modo ammette anche il trasferimento della stessa pretesa (e non solo dell'*actio* come il diritto romano). E siccome siffatta veduta rimase inefficace sul determinare diritti ed obblighi inerenti ad un fondo senza riguardo a chi lo possedesse, onde ne venivano eziandio certi aggravi reali, pe' quali non ritrovasi nel diritto romano norma alcuna; così negli ultimi tempi il facile modo di trattare le eccessive delle pretese, diè occasione alle obbligazioni al possessore (*au porteur*) e finalmente anco alle azioni verso qualsivoglia possessore (in guisa che una società non conosce manco i suoi membri, i quali variano di continuo) favorendo di tal guisa un giuoco dannoso moralmente e giuridicamente. E qui conviene cercare il rimedio in un concetto dell'obbligazione, rispondente bensì alle esigenze del traffico, ma tale che non faccia sparire la persona dietro la cosa (1).

Fra le obbligazioni che possono partirsi anche nel diritto tedesco in obblighi venienti da affari, da delitti e da stato personale, non osserveremo se non i soli contratti.

2. *Contratti* (2). La forza obbligatoria e l'azione giuridica dei contratti, secondo la veduta ed il costume tedesco la non era per nulla dipendente da alcuna determinata forma di contratto, ma fondava sull'accordo delle parti (« una parola, un uomo »), e ciò malgrado alcuni simboli tendenti a contrassegnare la conclusione (stretta di mano, spezzamento d'una verga). A motivo della *prova* i contratti stringeansi per lo più in presenza di testimoni ovvero in iscritto; ma quantunque fosse adottato il diritto romano, il suo carattere formale non modificò punto un tal ramo della giuridica tedesca. Senza importanza rimase pure la distinzione romana dei contratti per cui era data azione, e di quelli che non s'ebbero tal forza se non sotto i pretori e gli imperatori. Ugualmente eliminato è dal principio fondamentale il partimento dei contratti in reali, e precisamente in nominati *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus* ed innominati (tra i quali erano poi di nuovo nominati la per-

(1) Agli inconvenienti pratici derivanti da un falso concetto della natura di queste società, accennai io da prima nella mia *filos. del dir.* (edi. 1859, ediz. ted. d'Augusta del 1862, p. 264). L'argomento in vero è più che meritevole di una giuridica trattazione fondamentale, la quale lumeggi tutti gli essenziali rapporti, come anco parecchie materie di diritto romano.

(2) *Walter*, § 221-232, *Bluntschli*, di. pr. te. § 112 e seg.

muta, il *precarium*, ed il contratto di rivendita), in contratti verbali (*stipulazione*), in letterali e consensuali (*emptio et venditio, locatio et conductio, mandatum et societas*). Non debesi però, come avvisano, alcuni, tenere per assioma che secondo l'attuale diritto comune tutti i contratti sieno consensuali. Ha nuovi de'contratti quali a mo'de'reali romani, divengono secondo la loro natura contratti reali mercè la sola consegna della cosa dall'una parte, e per l'obbligo della restituzione dall'altra, quantunque però possa darsi azione anco in base alla promessa diretta ad una tal cosa. Giammai accostumossi la stipulazione romana, ma il contratto letterale si offre nella sua vera forma primitiva nel contratto cambiario. Per il che ove si studii più liberamente il sistema giuridico tedesco dei contratti, e lo si raffronti alla relativa parte romana, vedrassi agevolmente palesarsi nel primo il carattere della deficienza di forme, deficienza che venne favorita da una teorica astratta di diritto e di stato, la quale ovunque cercava solo la sostanza senza la forma, l'idea senza la concreta immagine. Tuttavia i codici moderni fecero dipendere in certi casi la validità de'contratti dallo stipularli in iscritto.

Le teorie generali che occorrono anche nei contratti, sul *dolus, culpa* ignoranza ed errore, sul sopportare il pericolo ecc., non sono da fautori del diritto germanico sviluppati in modo sistematico dalle fonti del medio evo (1), e perciò divergono di molto, e spesse fiate per troppa accurata indagine de' rapporti, dal diritto romano.

Gli speciali contratti di maggior momento sono la compera, ove incontrasi in particolar modo il diritto di retratto, la permuta che in complesso viene trattata sulle basi della compera, la pigione ed il fitto, il deposito, il comodato, il mutuo sia senza interessi (*ad beneficium*), come molte volte fu il caso, che con interessi, nel qual caso però il divieto del diritto canonico circa i frutti, mosso dal considerarli siccome guadagno ritratto dal bisogno dell'altra parte, invalse e si mantenne fino nel secolo XVI. All'incontro ebbe a svilupparsi il contratto, tenuto per equo, delle rendite (2) il quale pel debitore, o venditore della rendita più volte contribuita sovra un fondo, era vantaggioso di molto, specialmente pel motivo che il creditore ossia compratore della rendita non potea richiamare il capitale. Sullo scorcio del secolo XVI fu da parecchie leggi permesso il mutuo ad interessi, e dopo la guerra dei 30 anni e per la crisi dei debiti, venne sparendo sempre più la compera delle rendite, sì che la non si incontra pressochè in verun luogo. Contratti onerosi di provvedimento personale sono il contratto beneficiario, il vitalizio e le

(1) Un' ottimo tentativo venne fatto da *Platner* nella sua opera: « sullo sviluppo storico del sistema e del carattere del dir. led. » nel secondo vol. 1854 che contiene teorie generali del diritto. Le continuate indagini mostreranno all'evidenza come i Romani non conoscessero in questa parte del loro diritto sugli obblighi — come opina *Stahl* (filos. del dir. II. fine) — « la vera natura della cosa ».

(2) *Beseler*, II. § 127; *Haller*, § 323; il suo d. pr. led. § 208.

rendite vitalizie; essi sono il perfezionamento dell' antico *precario* nel quale uno consegnava tutta la sostanza sua ad una chiesa sotto riserva d'una pensione per tutta la di lui vita. I contratti di assicurazione si migliorarono soltanto negli ultimi tempi; lo stesso dicasi del contratto di spedizione e d'edizione e di cambio. Aveasi costume di stipulare i contratti di donazione con documento. La promessa solenne di fede e di onore, la era una forma generale con cui alcuno si obbligava verso un'altro ad una prestazione od opera (*fidem facere*), forma da tenersi per simile alla stipulazione romana. L'obbligo veniente dai contratti era garantito primieramente dai beni, poscia anche dalla persona, ond' è che incontrasi pur nel medio evo la servitù per debiti, alla quale sostituivasi poi l'arresto. — I mezzi assicuranti l'adempimento dell'obbligo erano in parte personali, come è a dirsi della promessa, del servaggio temporaneo, dell'ostaggio (*obstagium*), della fideiussione; in parte reali, vale a dire la costituzione di pegni, nella forma del *pignus* (*vadium*), e l'ipoteca sovra beni stabili, ed in casi speciali anche il pegno privato. — Nel diritto tedesco offre una fisionomia non solo giuridica ma anche etica, il contratto dei servi e famigli. Ugualmente staccasi il diritto tedesco di associazione della romana *societas*, muovendo da principii diversissimi, però che gli sia essenziale un più gagliardo intimo vincolo limitante l'arbitrio degli individui, e perchè il tutto consociato, ritrovasi in relazione all'esterno in una posizione di somma unità. Oltre le importanti società industriali, tra le quali nei tempi moderni la società collettiva, l'accomandita e quella per azioni, assunsero una forma particolare a ciascuna di loro, e che pure conviene si conducano a perfezionamento; oltre di esse organizzaronsi in gran numero nella vita tedesca parecchie società in cui l'avere non costituisce altrimenti lo scopo, ma invece gli è un mezzo ad altri fini spirituali, morali e religiosi. — La più intima società che abbraccia tutta la vita, e nella quale il vincolo etico è scopo a se stesso, si è la *famiglia*.

IV. IL DIRITTO DI FAMIGLIA (1).

La famiglia considerata già nei tempi pagani dalle genti germaniche come l'intima comunione morale giuridica e politica, comprendeva in senso stretto la famiglia particolare, e in senso lato estendevasi eziandio al parentado ossia alla collezione di speciali famiglie congiunte tra di loro perchè derivanti dallo stesso antenato. La forza di questo legame i famiglia si manifestò nella disposizione di pace e di guerra, nel sacrificio religioso sul focolare della stirpe, nella vendetta di sangue, nella contribuzione bellica e nella ostilità, nella giuridica tutela della famiglia, nel diritto sui beni pel vincolo dei beni ereditarii e di stirpe, nell'intero diritto di successione, e specialmente nell'ordine di parentela che forma la base della successione alemanna.

(1) *Walter*, § 463 e seg.; *Bluntschli*. II. § 144 e seg.

I Germani avevano il *matrimonio* per un nodo sacro formante la base naturale e morale dell' intero ordine giuridico e di stato (quindi *ēwa*, *ēa*, che in origine suonava: vincolo giuridico, e poscia : matrimonio), in guisa che la dottrina di Cristo non servi nulla più che ad apporre a tale istituzione il carattere supremo religioso. Come il matrimonio fu elevato a sacramento, lo si soppose al foro ecclesiastico. Ma la riforma fè sì che la giurisdizione in affari matrimoniali assumesse una natura precipuamente secolare, ed anco nei paesi tedeschi cattolici si fece in tale rapporto una più accurata distinzione tra la parte civile e quella religiosa. La rivoluzione francese fu causa che si separasse dal sacramento il matrimonio come contratto civile, e siffatta divisione fu desiderata eziandio in altri paesi onde evitare le collisioni col sacerdozio; ma tal cosa la è tuttora un importantissimo scopo.

La *tutela* tedesca, originata dal *mundium*, non esprimeva sulle prime massimamente come la *manns* e *potestas* romana, una facoltà di dominio, ma bensì ed in principal modo una morale *obbligazione* alla difesa ed alla rappresentanza. Così sentivasi la tutela coniugale dell' uomo in riguardo alla donna, del padre verso i figli, e dei prossimi parenti maschi puberi sopra gli orfani impuberi e sulle donne non maritate. Siccome alla protezione che in origine il popolo esercitava sovra tutte le sfere, tenne dietro quella regia, così da questa trasse l'istituzione tedesca della suprema tutela. — La tutela perfezionossi in varie guise secondo le sue diverse specie. Di molta importanza perdette nel medio evo la tutela sulle donne, e ciò soprattutto perchè la non era contemplata dal diritto romano. La tutela di sesso del marito sulla moglie serbossi però nei diritti degli statuti; tuttavia le donne maggiorenni s' ebbero oggidì in quasi tutti gli stati tedeschi una posizione indipendente. La tutela sugli impuberi venne regolata secondo i principii del diritto romano, servendosi però la massima tedesca della protezione suprema, sì che la tutela viene specialmente considerata siccome una istituzione di pubblico interesse.

Il *diritto sui beni* dei coniugi sviluppossi fin dai prischi tempi rammentati da Tacito, e di per sè indipendentemente da elementi stranieri ed in parte eziandio sotto l'influenza del diritto romano. Il più antico diritto circa i beni coniugali, era inentre durava la vita dei coniugi determinato dal *mundium* spettante al marito, in forza del quale veniva acconsentita all'uomo l'amministrazione di tutta la sostanza per le domestiche bisogna. Sulle prime trovavansi diversi i diritti del coniuge superstite, e più estesi quelli del marito. I fondi della donna morta devolvevansi ai consanguinei di essa siccome suoi eredi: ma i beni mobili rimaneano al marito come acquisto coniugale. La vedova conseguiva l'amministrazione ed il godimento dei proprii beni immobili. Il di lei avere mobile ricadeva in sua illimitata proprietà in quanto sussistesse in natura; in seguito specialmente nelle città, le venne assicurato il diritto di ricoverarlo. In oltre le apparteneva il regalo nuziale (*Morgengabe*)

in quanto il marito lo avesse dato oppure promesso, e spesso fiate anco un assegno vitalizio. Sul declinare del medio evo sorse un altro sistema, *la comunione dei beni* che fu primieramente in uso presso i Franchi (in ispecial modo anco nel *coutume de Paris*, onde un tal sistema passò eziandio nel *Code civil*) e soprattutto nelle città, ove favoriva il credito nel commercio e nell'industria. Col diritto romano venne pure in vigore in parte il *sistema dotale*, che si ebbe del resto a fondere coll'antichissimo costume tedesco. Gli è perciò che al presente si ponno annoverare tre sistemi principali: 1. il sistema *della unione de' beni* (1), ove le sostanze delle due persone ritrovansi tra sè distinte, ma esternamente le sono congiunte e soggette all'amministrazione ed all'usufrutto dell'uomo; 2. quello della *comunione de' beni*, che può essere *universale* se di regola è comune tutta la sostanza de' coniugi; o *particolare* quando non cade nella comunione se non una sola parte, in ispecialità p. e. l'acquisto fatta durante il matrimonio (comunione di acquisto); 3. il *dotale* romano in varie guise modificato.

V. IL DIRITTO DI EREDITÀ' (2).

Il carattere del diritto ereditario tedesco, che in origine fu animato dall'intimo concetto del legame di famiglia, ebbe ad essere modificato dall'adottamento del diritto romano, ma in molte specialità serbò integra la propria natura.

Specie del diritto ereditario. I Germani avanti la trasmigrazione dei popoli non conoscevano per nulla i testamenti. Alla morte dell'individuo attenevasi subito al diritto di famiglia, colui che ne era membro. Avvenuta la trasmigrazione de' popoli, ed abbracciatosi il cristianesimo, occorrono de' testamenti, i quali da prima, almeno così pare, erano intesi a suffragio dell'anima (3), e che perciò stabilivano l'elemosina da distribuirsi ai poveri ed alla chiesa (la quale per lo più si reggeva secondo il diritto romano favoreggiatore dei testamenti). Indi veggiamo dei testamenti fatti allo scopo di disporre di quanto componeva la sostanza, e specialmente della proprietà mobile. Tuttavia era prevalente il giudizio che « Iddio, e non l'uomo, fa l'erede » e perennemente si applicava al diritto di successione ab intestato del primo ordine che s'appoggiava al vincolo di sangue e di famiglia; ed anco dopo che si adottò il diritto romano trovossi il rapporto del diritto di successione legale verso la testamentaria modificato in guisa, che mentre nel sistema romano il testamento è la regola, e la successione ab intestato ne forma un'eccezione, nel di-

(1) Questa denominazione la è, come osserva anche *Bluntschli* § 151, più acconcia di quella usata da alcuni altri di *unità di beni*, ovvero di *comunione esterna* di beni, avvegnachè l'unità accenni ad un collegamento ben più intimo di quello che non abbia luogo in questo caso.

(2) *Waller* § 350 e seg.; *Bluntschli* II. § 188 e seg.

(3) *Bluntschli*, dir. pr. ted. II. § 190.

ritto tedesco invece la successione naturale della famiglia è la regola da cui scendono importantissime conseguenze. — I patti successorii invalsero soltanto dal secolo XVI in avanti, e ciò a cagione della giurisprudenza la quale dalla teorica della validità universale de' contratti dedusse la forza de' patti di successione (1), al quale intento essa scienza s'attenne però a delle analoghe forme tedesche.

Il *retaggio* non si ebbe in conto — come era il caso nel diritto romano — di una unità di sostanza e d'una persona giuridica, *universitas rerum*, ma invece faceasi luogo a diversi modi di successione secondo la natura del bene p. e. se allodiale o feudale, e in relazione alle parti precipue com'è a dirsi de' beni stabili e mobili. Il successore era tenuto pei debiti del defunto fino all'ammontare delle attività od anco dei beni mobili (*Specchio Sassone*). Il passaggio della sostanza lasciata non avea luogo come pel diritto romano, per dichiarazione dell'erede d'adire l'eredità, ma per forza di diritto secondo il motto « il morto lascia la eredità al vivo » (*le mort saisit le vif*); tuttavia era acconsentito al successore di rinunciare a siffatto diritto naturale, rifiutando l'eredità. Ma in questi due punti come nelle conseguenze loro (2), sendosi adottato il diritto romano; si introdussero parecchie mutazioni. — Circa i testamenti, siccome il successore veniva stabilito per diritto naturale (3) così non faceva d'uopo di veruna istituzione d'erede, eccetto il caso che non vi fosse alcuna persona che avesse a succedere. Il contenuto componevasi di legati. I motivi di diseredazione recati dalla novella 118 di Giustiniano furono accolti ben presto; del resto in caso di grave lesione di pietà, si tenne legittimata la perdita del diritto ereditario, anco quando mancava la relativa dichiarazione di chi lasciava la sostanza da redarsi. — La successione legale era sulle prime ordinata sul grado delle parentele e delle stirpi. Cominciando del secolo XV, per l'influenza de' fautori del sistema romano, si introdusse l'ordine in 4 classi posto dalla novella 118, pel quale ogni classe posteriore veniva esclusa dagli eredi di una classe antecedente atti a succedere, e in ogni classe era chiamato in primo luogo quegli che trovavasi più prossimo nel grado (ommettendo però il così detto diritto di rappresentanza almeno dei figli). Ma l'ordine di successione tedesca si mantenne in parecchi paesi (4). — Serbosi ad un tempo nel diritto germanico una distinta successione nei

(1) L'opera principale di *Baseler*: Teoria dei patti successorii, 3. par. 1858. — *Confr. Walter stor.* del dir. ted. § 549 e seg.; e il dir. pr. ted. § 424 e seg. *Bluntschli*, loco cit. § 194.

(2) Sulle importanti conseguenze, v. *Bluntschli* p. 380.

(3) Ancora al presente intendesi nel *Code* sotto *heritier* soltanto l'erede ab intestato, gli altri eredi testamentari diconsi legatari (art. 1002 e seg.); così pure i testamenti vengono trattati assieme alle donazioni in un solo titolo.

(4) Così pel Cod. C. G. Aus. (il quale nel § 751 determina e linee) si ammise fissarsi con ciò l'ordine di successione nel modo il più semplice e più utile.

feudi (ordine feudale), nei beni di stirpe (come avveniva per lo più presso l'alta nobiltà) e nei fidecommessi, nelle quali due specie occorrono le forme di primogenitura (alla quale si connette tal fiata anco una seconda e terzo genitura), del maggiorasco, del seniorato e del minorasco; e durò pure un modo speciale di succedere nei beni rustici, sotto le forme del maggiorasco e del minorasco.

VI. GIUDIZIO E PROCESSO GIUDIZIALE (CIVILE) (1).

Caratteri fondamentali del sistema giudiziario finchè rimase prettamente tedesco, erano i seguenti: l'amministrazione della giustizia sotto la direzione dell'autorità, ma colla partecipazione del popolo. Avanti la trasmigrazione dei popoli, il principe presiedeva il giudizio composto della riunione dei disretti. Dopo quell'avvenimento, dirigeva presso i Franchi l'amministrazione della giustizia un *Centenarius* ovvero *Tunginus* (Unno) nel *Mallus* (*Malberg*, sede del giudizio) della centena in guisa, che i liberi comuni ragunati in qualità di consiglieri (*rachinburgi*, secondo Grimm *consilium ferentes*), dei quali sette sedevano, gli altri assistevano in piedi, confermavano il giudicato. Più tardi al centenario fu sostituito il conte ed il suo vicario, i quali percorrevano il paese unitamente al centenario del luogo. Carlo Magno perfezionò la così detta costituzione degli scabini (2) (che secondo avvisano parecchi, esistevano prima di lui), in forza della quale eleggevasi questi siccome uno stato permanente tratto dall'ordine dei liberi proprietari dei fondi (dal che, libero scabino) ed occupavano i posti dei 7 rachinburgi. Stabilita era la procedura sulla comparsa personale delle parti, quantunque fosse ammesso l'intervento di avvocati (*prolocutores*). Qual principio del processo probatorio valea la massima che ciascuna parte non fosse abilitata a fare testimonianza se non di ciò che avveniva o no nella propria sfera e nei propri rapporti, e che il giudice fosse obbligato attenersi alle esposizioni testimoniali quando vi avesse sufficiente guarentigia di sincerità e verità. Mezzi di prova erano in primo luogo la propria testimonianza corroborata col giuramento; e ad appoggiare tal cosa venivano spesso volte (come anco nel processo criminale) i ravvaloratori del giuramento, i quali non atteslavano altrimenti il fallo, ma soltanto giuravano essere convinti il giurante da essi assistito non trovarsi capace di uno spergiuro. Oltre siffatto sacramento ammettevansi i giudizi divini, il duello

(1) *Maurer*, storia dell'antica proc. giud. alem. e specialmente dell'antica bavarese 1824. *F. W. Unger* l'ant. costit. giur. alem. 1842. *Zöpf.* II., 2. p. 386. *Walter* § 374.

(2) *Scabinus*, giusta Grimm. p. 775, viene da *scapan*, ordinare, decernere, ovvero da *scaphan*, creare, e dal derivato *scephjan* (*haurire*) cogliere. Altri, come recentemente *Leo* stor. d. l. ted. 1824, derivarono in modo erroneo *scabinus* dalla voce latina *scamnum* (antic. franc. *eschame*) il banco, qual banco del giudizio.

ed altre forme. Di sommo momento aveansi ad un tempo i documenti nonchè la prova per testimonii (1). Il pronunziare sul diritto spettava esclusivamente ai giudici, e non già al conte ed al suo sostituto che dirigeva il giudizio. Appellazioni contro la sentenza p. e. allo stesso conte come pure reclami per negato giudizio, sembrano essere stati ammessi nei prischi tempi; e così in processo di tempo era acconsentito a ciascuna parte, od ogni scabino, e ad ogni terza persona nell'interesse di un contendente, appuntare la sentenza, e sommettere la cosa ad un giudizio superiore (Specchio Sassone II, 12). — Siffatto ordinamento giudiziario malgrado andasse sciolta la costituzione distrettuale e fossero suddivisi i comitati, si sostenne intatto fino al secolo XV, tempo in cui il diritto canonico e romano recarono una riforma fondamentale. Mercè il perfezionarsi della giurisdizione spirituale che recava sentenze anche sovra molti affari civili, era sorta un'altra procedura, cioè la scritta e la secreta, basantesi in principal modo sul sistema delle prove romane. Codesto fu imitato dopo il secolo XV, anche dai giudizi secolari. Oltre il processo ordinario, formossi poscia sul tipo della procedura romana e canonica, un processo sommario. Devonsi avere per salutevoli conseguenze, l'appoggiarsi che fece il diritto a basi più scientifiche, e lo scomparire dei giudizi divini nonchè dell'uso del duello, com'anco il limitarsi del giuramento a semplice mezzo di prova, prestandosi secondo le norme del sistema romano; ma ad un tempo convien lamentarsi la cessata pubblicità, e l'impaccio di lunghissime scritture. La base del più recente processo civile tedesco comune, si fu l'ultima sanzione imperiale del 1364 per cui venne in generale abolito il processo articolato, ed introdotto il principio fondamentale della nuova procedura, la massima eventuale. In alcuni paesi, nella Baviera 1753 per il *codex juris judiciarii*, nell'Austria pel regolamento giudiziario del 1781 nella Prussia col regolamento giudiziario generale del 1793, venne in molte guise modificato il processo comune. Ritornata la Francia alle forme germaniche della pubblicità ed oralità (predominante), mercè il *Code de procédure* del 1806, anche in Germania si ebbero a proporre simili riforme, riforme che dopo il 1848 furono introdotte in parecchi stati non senza miglioramento del processo.

VII. DIRITTO E PROCEDURA PENALE (2).

Nello sviluppo del diritto penale tedesco si offre il progresso e passaggio dalla nozione principalmente giuridica privata e pubblica della

(1) Sull'antico sistema probatorio germanico varie sono le opinioni; vedi *Walter* § 432. L'ottimo più recente scritto è di *Sachse* « il processo probatorio secondo il dir. ted. ecc. 1888 ».

(2) L'opera principale: *Wilde*, il diritto penale del Germani 1842. Confronta *Eichhorn* nei diversi periodi, *Zöpf* II, 2 p. 398 e seg.; *Walter* § 439 e seg.

pena, da un castigo per lo più esterno e riguardante solo gli averi, alla punizione che colpisce in principal modo la persona. Ivi veggiamo anco rischiararsi i momenti subbiettivi del misfatto, nonchè gli obbiettivi mercè le distinzioni tra crimine consumato e attentato ecc. Così scorgiamo ancora la costituzione organica di determinati giudizi penali staccarsi dal complesso dell'antico giudizio popolare, la mutazione del prisco sistema di prove rozze ed impastoiato dalle superstizioni nonchè armoneggiante colle varie condizioni morali or più non sussistenti; e tali istituzioni veggonsi passare dalla più abbominevole tortura ad un sistema meglio rispondente allo scopo. Se non che devesi lamentare un regresso fortissimo nell'abbandono che avvenne del metodo accusatorio, nonchè della pubblicità ad oralità. Appena negli ultimi tempi fu inaugurato il vero passaggio al perfezionamento, mercè l'influsso di vedute umanitarie propugnate dalla filosofia nel campo del diritto penale; ove questo fe sentire il bisogno di una riforma nella quale le innovazioni pratiche riferentisi allo scopo della pena (sistema penitenziario sotto diversi aspetti) si lasciarono molto addietro la teoria giuridica rimasta formale e stazionaria.

I cangiamenti principali nel diritto penale vennero effettuati pel passaggio al cristianesimo, pel sollevarsi del regio potere, per la grande mutazione nei rapporti della vita dopo la traslazione dei popoli, mercè la giurisdizione penale ecclesiastica e l'adottamento del diritto romano e canonico nonchè del prevalente processo inquisitorio, come pure pel regolamento giudiziario penale di Carlo V, e finalmente per l'influenza sempre più gagliarda della filosofia.

Avanti la traslazione dei popoli la pena manifesta (come presso i romani) col sistema delle composizioni, un carattere giuridico sommamente privato. Ma distinguevansi nullameno i crimini contro lo stato, i quali punivansi colla morte. Appresso trovavansi coordinati giuridicamente tutti i rapporti; anche la vendetta ed il combattimento, che non erano tuttavia — come alcuni (*Flögge*) opinarono — la base dell'antico diritto penale germanico, si avevano le proprie norme. Dopo la traslazione dei popoli forma tuttavia il sistema delle composizioni la base ai diritti del popolo. Ma desso e per le grandi differenze nei rapporti delle sostanze, e per essersi elevate le multe, mentre tornava al ricco, riesciva però durissimo al povero il quale come non si avesse di che pagare, era astretto alla pena corporale ed anche dannato all'ultimo supplizio. Il turbamento della pubblica tranquillità, e ad un tempo le violazioni alla regia sicurezza, sono contemplate in maggior numero; i gravi misfatti com'è a dirsi della rapina e dell'omicidio puniti colla pena di morte. Nei capitolari emerge specialmente il principio del taglione il quale non è esclusivamente germanico, ma fu tratto dall'antico testamento; mentre il miglior spirito cristiano, che negli antichi tempi avea formulato il concetto specialmente morale della pena, spari del tutto nella rozzezza di quei tempi. Fu allora accolto un diritto penale duro e

volto solo a castighi corporali e capitali, diritto che rimase in vigore fino ai tempi recenti. A codesto s'aggiunse il confondersi del cristianesimo colla superstizione pagana (ordalie, streghe). Collo sviluppo dell'ecclesiastica giurisdizione s'estese anco il potere punitivo della chiesa, che più non limitossi ad infliggere delle penitenze, ma trasse innanzi al proprio foro alcuni casi determinati come delitti ecclesiastici, fra i quali specialmente l'eresia, e decretò pene severissime. Nei giudizi spirituali formossi sulla base del romano procedimento penale, il processo penale canonico in cui predominò lo spirito inquisitorio. Tal processo penale romano-canonico (1) fu sviluppato primieramente in Italia; indi unitamente al diritto romano si diffuse anche in Germania ove moltissime istituzioni modificò. La salutare influenza pel diritto canonico ebbe a palesarsi in parte nelle migliori vedute sulla imputabilità e commisurazione della pena, però che la chiesa scorgesse e giustamente nel delitto la manifestazione d'interni malvagi sentimenti; in parte anche nel perfezionamento dell'*opinione, messa* ben in pratica, dover mirare la pena a migliorare e render puro il malfattore (2). Ma coll' utilità non mancarono nemmeno dei grandi svantaggi. L'antico processo accusatorio (introdotta sulle prime da privati accusatori, ed in seguito come ai tempi dei Merovingi, in via d'ufficio dal centenario quando trattavasi di misfatti di maggior momento) venne a poco a poco sostituito dall'inquisitorio. E ben più grande si fu il cangiamento nel processo probatorio.

giudizii divini contro i quali più e più volte si pronunziarono i pontefici, ma ben molto tempo invano però che fossero accolti dallo stesso sacerdozio, andarono a poco a poco in disuso; anco il duello fu abolito. Al giuramento purificatore si dovette prestar sempre minor fede, avuto riguardo alle condizioni morali del popolo. Anco il processo dei sette cioè dell'accusatore (coi sei corroboratori o assistenti al giuramento), trovavasi secondo le circostanze un mezzo di prova quando troppo difficile, e quando troppo leggero per condannare l'accusato. Quindi vaneggiò una lacuna nel campo delle prove; e anzichè riempirla coll'estendere la prova per testimonii e per indizii, si ricorse sull'esempio degli Italiani, alla tortura (da applicarsi secondo il diritto romano soltanto agli

(1) I pratici scrittori italiani, le cui opere continuarono ancor per tutto il XVI secolo ad essere in Germania le principali fonti del diritto penale, sono: *Alb. Gandinus* (1524), *de maleficiis*, *Jac. de Belloviu* (1530) *Pract. jud.*, *Angelus Arretinus de maleficiis* 1472, *Hippol. de Maleficiis* (nel XVI secolo) *practica criminalis*. In queste opere la tortura viene designata come un mezzo ordinario. Nel secolo XVI ebbero grande influenza specialmente gli scritti di *G. Clarus* (in Milano 1578) e la *Praxis rerum criminalium* del criminalista dei paesi bassi *Dambouder* 1582. Vedi le aggiunte di *Biener* alla storia del processo inquisitorio 1827, e *Mittermaier* il processo penale tedesco ecc. 1 par. § 10.

(2) *Mittermaier* nella teoria del diritto penale di *Feurbach*, 14 ed. p. 11.

schiavi, ma già usata nei diritti popolari (1) contro i servi, triste segno della servitù spirituale e corporale di quell'epoca) che fu ordinato con norme generali, e che combattuta appena dalla filosofia (Thomasius), ebbe ad essere limitata da Federico II 1740 ed abolita da Maria Teresa 1776. La dottrina che appoggiavasi al diritto canonico (2) stabiliva 3 forme di procedura: per accusa (in via privata o d'ufficio), per inquisizione (nei giudizi secolari ancor poco in uso), per purgazione (onde ritornare la buona fama, sotto la forma di processo istituito contro o dopo l'accusa) o per misfatti nei quali l'autore era colto sul fatto come egualmente per reati notorii. — A queste procedure, si aggiunsero le altre proprie ai giudizi delle *Wekme* (3) che sussistevano specialmente in Westfalia in un rapporto indipendente dai signori del paese, e che durarono pubblicamente coi giudizi imperiali fino al secolo XIV, indi si avvolsero nel segreto. Univansi a ciò i processi delle streghe, macchia indelebile, nei quali sulle prime faceansi luogo a pene arbitrarie, indi (circa il 1230) dannavasi sempre al rogo, pena che nella stessa epoca venne inflitta anco agli eretici. — La differenza ed i conflitti delle fonti giuridiche e dei giudizi in special modo la confusione nel processo probatorio occasionò un siffatto viziamento nella giustizia punitiva, da indurre gli stessi stati dell'impero a chiedere fermamente un rimedio. E la legislazione di alcuni territorii prese l'iniziativa. Di sommo momento si fu « la legge ed il processo penale pel vescovato di Bamberg di Giovanni di Schwarzenberg 1307 » che servi di base alla processura penale di Carlo V 1532, la così detta Carolina (4).

La *Carolina* sebbene contenesse parecchie sanzioni crudeli, in confronto alla rozzezza, superstizione e fanatismo che avevano animato il diritto penale, si trovava essere un vero progresso; ma però che la non fosse prescritta qual legge; non venne apprezzata come meritava dai giuristi (5). Essa può aversi per un tentativo di conciliazione tra il diritto penale tedesco e romano. Il diritto penale vi è assunto nel suo carattere e pubblico;

(1) Vedi *L. Sal. t. u. 3*; *L. Burg. t. 2. Edict. Theod. § 100*, e *L. Visig. VI, 1 e 2*. Negli statuti delle città italiane trovasi sancita la tortura ben prima che avesse luogo in Germania; qui dessa occorreva in alcune città fin nel secolo XIV, ma nella maggior parte dei luoghi non fu adottata ordinariamente se non nel secolo XVI. Vedi *Mittermaier* loco. cit. § 13. Il diritto canonico sulle prime non era favorevole alla tortura. *Biener* loco. cit. p. 74.

(2) Presso Ulrico Tengler, Specchio Laicale par. III., v. *Walter*. p. 718.

(3) Vedi *Wächter*, appendice alla storia tedesca, specialmente alla storia del diritto penale tedesco 1848.

(4) *Zöpfl*. Il regola. pen. di Carlo V, con quello di Bamberg e di Brandeburgo 1532; e « l'antico diritto di Bamberg qual fonte della Carolina 1532 ».

(5) *Wächter* osserva essere essa stata intesa lorchè non rispondea più ai costumi, e perfezionata quando già pensavasi ad abolirla; li che gli è una prova di quanto tal fiata i giuristi politici comprendano i rapporti della vita e dell'epoca.

rigettato il sistema delle composizioni; il processo accusatorio continua a mantenersi siccome base, ma viene a perdersi del tutto nelle ulteriori disposizioni accoglienti il metodo inquisitorio. I misfatti sono puniti in principal modo secondo un punto di vista obbiettivo, onde l' attentato meno che non il delitto compiuto, l' autore meno del correo. La tortura fu serbata ma limitatamente, e la non si ebbe però come mezzo di prova.

La voce della ragione e dell' umanità elevatasi sopra tutto contro i processi delle streghe e la tortura, fece attendere alle parole di Thomasius e d' altri animali d' egual sentimento. Tuttavia fu solo nella seconda metà del secolo XVIII, che specialmente in seguito all' opera di Beccaria s' incarnò una mite tendenza di riforma nella legislazione e nella pratica. Ma la scienza slanciò in una strada di cangiamento per la filosofia di Kant. Nella nuova epoca iniziata anco da Feuerbach ma infelicemente (dal 1799), si fecero delle più profonde indagini filosofiche e psichiche, specialmente sullo scopo e misura della pena, sulla distinzione delle azioni, punibili in crimini e delitti, sul dolo e la colpa, sull' attentato ed il misfatto consumato, sul reo principale ed il correo, e si definirono più esattamente i vari crimini e delitti. I nuovi codici penali per la maggior parte s' avvantaggiarono dei frutti della nuova scienza. Anco il processo penale fu alla sua volta migliorato; l' antico processo accusatorio dopo lunga lotta ebbe il sopravvento; la pubblicità e l' oralità riconosciute come principii, posta l' istituzione dei giurati ma soltanto in alcuni luoghi, se non che la scienza del diritto penale, dopo il nuovo moto filosofico, assunse in Germania una tendenza troppo astratta e formale, in cui è bensì vero che si posero con tutta l' accuratezza logica delle distinzioni e determinazioni di concetto, facendosi ad un tempo emergere mercè una profonda psicologia parecchi vitali momenti risguardanti il diritto penale; ma però col concetto affatto esclusivo del rapporto di diritto e morale, concetto che non lueggiò se non la distinzione e l' isolamento, clevoSSI una barriera dottrinale fra la relazione non meno importante della pena con uno scopo morale. Nella stessa guisa che Kant per tale segregazione fu indotto in errore, e scorre nel taglione lo scopo della pena, modo di punizione tolto dal più basso grado dell' incivilimento, e da esso autore legittimato col principio dell' uguaglianza formale; nella stessa maniera, meno poche eccezioni, tanto le teoriche relative che le assolute (talì soltanto per la loro completa astrazione) ricercanti lo scopo della pena, non poterono uscire dall' illusione che circa la pena (ciò non è tuttavia possibile nel giudizio del crimine) si possa separare nel delinquente e nella società il diritto dalla morale, la volontà giuridica dalla morale, l' ordine giuridico dal morale della vita. Verun grande miglioramento potea venire alla pratica da una siffatta trattazione giuridica unilaterale. Essa staccossi da un popolo il quale nel suo universale sviluppo serbò vivo nelle istituzioni lo spirito veramente cristiano e morale. In America si pose, la base del sistema migliorativo (1) giuridico e morale nel sistema peni-

(1) Il miglioramento non esprime se non se un lato essenziale dello scopo della pena, avvegnachè questo sia anzi da porsi nella restaurazione dello

tenziario (1), il quale gli è il solo che risponda alle esigenze della vera umanità e del genio del cristianesimo, quale si manifestò negli ultimi tempi e parzialmente anco nel diritto canonico. Questo sistema penitenziario coltivato sotto varie forme (2), non per anco perfetto, ed attuato svariatamente nell'America settentrionale, nella Svizzera, nel Belgio, nell'Inghilterra ed in alcuni stati tedeschi (in Baden, ed ora anco in Prussia), sistema che è ben lungi dall' avere quella debolezza cui l'ignoranza gli volle apporre, ma il quale all' incontro trovasi essere moralmente severo e dotato delle giuridiche forme; un tal sistema lo si deve avere per lo scopo ultimo del diritto penale, e la giurisprudenza penale convien si volga a studiarlo profondamente, indi devesi tenere pel proprio principio direttivo.

SECONDA SUDDIVISIONE.

DEI DIRITTI AFFINI DEI POPOLI GERMANICI NON TEDESCHI, OVVERO DEI POPOLI CHE HANNO IN SÈ ELEMENTI DI STIRPE GERMANICA (3).

I diritti di questi popoli, non altrimenti dei diritti nordici rimasti scabri dall' influenza del diritto romano, fanno scorgere il diritto germanico nella sua purezza, e possono servire sopra tutto alla indagine storica della idea fondamentale d' una istituzione giuridica tedesca; ed anco quei diritti che furono modificati dalle leggi romane, come è a dirsi di quelli

stato morale e giuridico in tutti i rapporti morali e giuridici alterati, e ciò tanto in relazione all' ordine dello stato, quanto a quello dell' offensore e del lesa (Indenizzo); Sul fondamenti giuridici della teoria del miglioramento, v. Röder 1846, nonchè la mia filosofia del diritto p. 481 e seg.

(1) Nella piccola città di *Auburn* nello stato di *New-York* venne nel 1821 eretto il primo carcere penitenziario.

(2) Le due forme principali sono: il sistema di *Auburn* colla separazione dei prigionieri di notte e con lavoro in comune esercitato in silenzio durante il giorno. L' altro si è il *pennsylvanico* con assoluta separazione di notte e di giorno (in cui però i prigionieri sono visitati regolarmente da certe persone aventi morale influenza, ed il sistema *pennsylvanico* migliorato da *Pentoville* (in Inghilterra nelle vicinanze di Londra). Sul sistema penitenziario v. gli scrittori citati da *Mittermaier* nel manuale di *Feurbach* § 149, in specialità *Beaumont* e *Tocqueville du syst. pénit.* 1833, tradotto da *Julius*, l' ultimo; « Condizioni morali dell' America settentrionale » 2 vol. 1829; *Ducpetiaux des progrès de la reforme pénitent.* Bruz, 3 vol. 1838 e *Mémoire sur les prisons* 1848; sulla pena e sugli stabilimenti penitenziarii del principe *Oscar* (attuale re di Svezia) 1841; *de-Würth*, i più recenti progressi del sistema carcerario ecc., Vienna 1844.

(3) V. i ricchi cenni letterarii nei principii del d. p. g. t. di *Mittermaier* ediz. 1847, § 48; *Maurenbrocher* d. p. t. 2 ediz. 1840, § 102-110; in oltre *Zöpfl* luo. cit. II, 1, p. 169-176; *Wärnkönig*, enciclopedia, in diversi luoghi.

della Fiandra, Olanda, Francia ed Italia, sono utili pel raffronto del simile gradato sviluppo.

I. I DIRITTI DEI POPOLI GERMANICI NON TEDESCHI.

A. *I diritti del settentrione scandinavo.* Nei diritti dei tre regni, Danimarca, Svezia e Norvegia ed Islanda si ritrova grandissima concordanza. Il diritto venne ivi serbato a memoria da giurisperiti eletti dal popolo (*Lagman*). Essi furono i primi a scrivere le leggi, e quegli scritti ebbero subito dai re del paese ad essere approvati come codici, ed appartengono ai più importanti monumenti dell'antico diritto germanico.

1. Il diritto più vicino al tedesco gli è il danese (1) al quale appartengono *Canuti magni jus aulicum* del 1036, il libro giuridico di *Schoonen* circa il 1163 o forse più tardo, il diritto di *Seeland* del 1170, sanzionato come nuovo sotto Enrico Menved (1319), il iutico *Lou* del 1241, valido in parte anco per lo Schleswig. Il più recente codice danese (*danske lov*) di Cristiano V del 1683, ha poco valore pel diritto tedesco.

2. *Gli antichi diritti svedesi* sono: il *Westgothslag* (detto anche *Lamslag*) con un commento del testo, tra il 1160 ed il 1190; questo divenne in parte la fonte dell'*Ostgothslag* del secolo XIII; l'*Uplandslag*, approvato nel 1296; il *Gutalag* per l'isola di Gotlandia all'incominciare del secolo XI.

3. Il diritto di Norvegia contiene il *Gulathing-lov*, seu *jus commune Norwagicum*, l'ultima redazione avvenne nel 1267 sotto il re Magnus, detto *Lagabütir*, il miglioratore della legge.

4. Il diritto dell'isola d'*Islanda* abitata sullo scorcio del secolo IX dai Normanni, un ramo del diritto norvegico, venne per lungo tempo trasmesso per tradizione, indi scritto nel 1118 per cura d'un giurisperito, *Haflið*, e denominato *Haflið Skra* (*Schranne*, cioè *forum judicum*). Dal secolo XVIII fu per esso in costumanza il nome (irlandese) di *Gragas*, cioè *oca grigia*, e ciò a motivo della sua antichità. Come l'Islanda fu soggiogata dalla Norvegia 1216 venne per la prima volta introdotto dal re Hakon il severo *Hakonsbock*, e da suo figlio Magnus il *Jonbock*, che indi rimase in vigore. La *Gragas* (2) è distinta e pel modo con cui è scritta e pel suo contenuto, sì che soltanto la *Lex Visig* le può venire paragonata.

B. Il diritto inglese (3). Fin dal conquisto d'Inghilterra operatosi dagli

(1) Interno a ciò vedi specialmente: Schizzi fondamentali della storia del diritto danese di *Kolderup-Rosenvinge*, 1821, tradotti in tedesco da *Hormeyer* 1823; la seconda ed. danese del 1834 non è peranco tradotta.

(2) Essa venne pubblicata nel testo originale con traduzione latina da *I. F. Schlegel*, *Gragas i. e. Codex jur. Island. antiq.* 1819. V. anche *K. Maurer*, aggiunte alla storia del diritto t. del nord 1832, fasc. 1. L'origine della stirpe islandese e della sua costituzione.

(3) *G. Phillips* ne porse una pregevole esposizione nella « storia del regno e del diritto inglese » 2. vol. 1827. Sull'opera recentissima di *Michele Kemble*, *The Saxons in England, a history ecc.*, e sui rapporti giuridici anglosassoni, vedi i buoni articoli di *K. Maurer* nella rivista critica della legge giu. t., vol. 1.

Anglo-sassoni, vigendo un ordine giuridico e di stato affatto germanico, le leggi anglo-sassone costituivano una fonte principale (nell'antico linguaggio tedesco). Dopo la conquista dei Normanni, esci un libro pregevole per essere scevro di elementi non germanici, com'anco per la sua completezza e scientifica esposizione, *Tractatus de legib. et consuetudinib. regni Angliæ*, attribuito all'inglese giurista *Glanvilla* (1190), e quindi denominato *Glanvilla*. Ma fa mestieri ascrivere in parte la coltura giuridica dell'autore, alla conoscenza del diritto romano che veniva insegnato od Oxford dal maestro *Bacarius* dal 1149 al 1170, ma di cui poi venne vietato l'insegnamento dal re Stefano. Le opere posteriori sul diritto inglese sono di *Bracton*, di *Horne* del secolo XIII, e di *Littleton* del XIV. Negli ultimi tempi *W. Blackstone* (*Comment. on the laws of England*, IV vol. 1782) forma l'autorità pratica. Fin dal secolo XIII vi ebbe in Inghilterra la differenza fra la *common law* e la *statute law* che si fonda sulla particolare decisione del regno.

C. Nella *Fiandra* (1) si mantennero lungo tempo in vigore le leggi saliche. Indi, muovendo dal secolo XIII predominò il diritto romano. Nei Paesi Bassi riuniti ovvero nell'Olanda seppe il diritto germanico nelle proprie istituzioni conservarsi indipendente dal romano, quantunque anche in questo paese siasi profondamente coltivato da distinti giurisprudenti il diritto romano.

D. Il diritto *elvetico* dei cantoni tedeschi serbossi pressochè completamente scevro dall'influsso del diritto romano, e però trovasi più che mai acconcio a rischiarare il diritto tedesco. Ogni cantone ha le sue proprie leggi (2). Negli ultimi tempi alcuni cantoni s'ebbero nuovi codici.

E. Il diritto delle *province russe* poste lunghe al mar Baltico (3), gli è diritto tedesco colà recato da tedesche colonie, e comprende le leggi livonesi, eurlandesi e di Estonia.

F. Il diritto della *nazione sassone* nella Transilvania formato specialmente dall'emigrazione dei Paesi Bassi, è nella base un diritto tedesco (4). Anche qui fu introdotto fin dal 1853 il Cod. Civ. Gen. Austriaco.

(1) Vedi *Harnkönig*, storia dello stato e del diritto della Fiandra (fino al 1805), 3 vol. 1833-42. *Defacqz ancien droit belge* 1844.

(2) Vedi la letteratura presso *Mittermaier* luo. cit. Nota 7. Merita speciale menzione la storia dello stato e del diritto di Zurigo, di *Bluntschli* 2 vol. 1839, la quale come osserva *Mittermaier*, può servire di storia del diritto per tutti i cantoni svizzeri i quali hanno un diritto alemanno.

(3) Una trattazione sistematica di questi diritti la porse per il primo *Bunge* coll'opera, il diritto livonense e d'Estonia, 2 vol.

(4) V. Il « Diritto territoriale dei sassoni transilvani » di *Schuler* 1855, ed anco la sua storia del diritto transilvano » 1855.

II. IL DIRITTO GERMANICO NEGLI STATI ROMANI.

A. *Francia* (1). Fin dall' 888 fu sciolto bensì il nesso esterno politico colla Germania, ma non la comunione materiale di diritto. Come le Gallie furono conquistate dai Franchi, si formò e serbòssi la differenza tra le provincie meridionali ove il diritto romano avea messe profonde radici e si mantenne costantemente in vigore, e la maggior parte delle provincie settentrionali in cui fu in uso il diritto germanico. Questa distinzione del *pays de droit écrit* e del *pays de coutumes* si mantenne fino al *Code Napoléon*. In queste ultime terre gli è ben certo avere poscia il diritto romano influito sul diritto indigeno di consuetudine, ma non gli fu dato conseguire un' uguale pratica importanza. In seguito ad una legge di Carlo VII del 1453 furono scritti i *coutumes* (diritti della campagna e delle città). Come antiche ed interessantissime fonti di diritto germanico hannosi ad annoverare: 1. il libro dei diritti dei crociati (cavalieri) originato precipuamente dall' influsso francese, del 1099 pel nuovo regno di Gerusalemme, *Assises de Jérusalem*, che riveduto più tardi serbòssi in vigore fino allo sciogliersi di questo stato; 2. *les coutumes de Normandie* (intorno al 1270); 3. *les coutumes de Bourgogne* (alquanto dopo); 4. i *coutumes de Paris* di sommo interesse per la formazione ed interpretazione del *Code* (coll' utilissimo commento di Ferrière del 1670). Fra le ordinanze dei re meritano speciale riguardo gli *Etablissements de St. Louis* (ultima edizione di Beugnot 1823).

B. In *Italia* (2), ove nella parte superiore erasi confuso fin da principio il diritto germanico col romano, come era il caso nelle *Leges Longobardicae*, sono da osservarsi nei rapporti del diritto germanico le *constitutiones regni Siciliae* di Federico II emanate onde risollevar la invilita condizione giuridica. In esse non si può sconoscere l' influenza romana, e si accenna al diritto lombardo e romano come fonti sussidiarie, senza però rifiutare a tal collezione di leggi il carattere germanico, gli elementi del quale ritrovansi nell' emigrata popolazione francese-normanna.

C. Nella *Spagna* (3), ove la *Lex Visigoth.* e il derivante *fuero juzgo* formavano la base del diritto, quantunque ben presto anco le città ot-

(1) V. l'estesa letteratura presso *Mittermaier* luo. cit. Nota 2.

(2) V. la letteratura presso *Mittermaier*, Nota 4. Anco lo studio della storia del diritto trovasi molto animato in Italia. Fra gli scrittori di tal materia vanno distinti specialmente il conte *Selopsis* (storia dell' antica legislazione del Piemonte, Torino 1833, e la storia della legislazione italiana, 2 vol. 1844), in oltre *Rosa Gregorio* (sulla Sicilia), *Cibrario* (sulla Savoia), *Troya*, *Forti*, *Bonnini*, *Filippini*, *Albini*, *Lafarina*, *Zobi* ecc.

(3) V. la letteratura presso *Mittermaier* luo. cit. Nota 8. Per la storia del diritto spagnuolo si resero benemeriti negli ultimi tempi: il conte *Tejada*, *Navarro*, *Zamorano*, *Sempere*, *Orto de Zerrata*, *Antiguerra*, ecc.

tenessero i loro speciali statuti (*fueros*) (*Leon*, già nel 1020), esci sotto Alfonso I « la legge delle 7 parti » (*Ley de las siete Partidas*), in cui però il diritto romano trovavasi di molto confuso col germanico e coll'antico diritto di consuetudine spagnuolo. Questa legge assai completa, è tuttavia in pratico uso nella Spagna. Essa stabilisce pure il così detto principio della successione cognatica circa il salire al trono, su che basa l'attuale signoria. — Il progetto di un nuovo codice civile esci nel 1851.

D. Nel *Portogallo* (1), ove il diritto rimonta alla prisca epoca di quello spagnuolo, si mantenne la *Lex Visigoth*, fino al secolo XI. A questa si aggiunsero in seguito le leggi delle cortes, da prima quelle di *Lamego* 1143. La collezione delle leggi incominciò più tardi sotto Giovanni I, (1433), e venne condotta a termine (1447) regnando Alfonso I. Nel redigere questo codice si ricorse come a fonti, anco al diritto giustiniano, alle *siete Partidas* ed al diritto canonico.

(1) V. la letteratura presso *Mittermaier* luo. cit. Nota 8. Confronta anco la buona « storia del Portogallo » di *Schäfer*, 2 vol. 1839.

A P P E N D I C E

DELLE FONTI PIU' IMPORTANTI DEL DIRITTO DEI POPOLI SLAVI (1).

La storia del diritto dei popoli slavi fin qui troppo negletta dai giuridici scrittori di quella schiatta, offre un grande interesse e perchè considera dessa il diritto di un gran ramo della stirpe indo-europea, ed anco per la molta somiglianza che corre fra l'antico diritto slavo ed il prisco germanico.

Onde conoscere l'*antico diritto russo* (2) fa mestieri studiarne la precipua fonte, del resto molto povera, la *Pravda Ruska* (il libro di diritto russo), la quale porge scritto il diritto di consuetudine per la città di Novgorod esposto in origine — circa il 1020 — in 17 articoli, e sanzionato dal gran principe Jaroslav (1019-1054). In questo diritto riscontransi parecchie disposizioni (la vendetta di sangue, il contributo militare) rispondenti cotanto alle giuridiche vedute germaniche, da indurre sulle prime a cercare le fonti loro nelle *Leges Barbar.*, od almeno (molto avvi che propugna quest'opinione) nel diritto scandinavo. Ma lo stesso motivo per cui la costituzione della città di Novgorod era simile a quella delle città tedesche anco innanzi allo stanziamento tedesco (come assomigliasi in gran parte la costituzione dei comuni campestri slavi con quella

(1) Fin qui è fonte principale pel diritto dei vari « popoli slavi » la storia del diritto slavo di *Maciejowski* (professore a Varsavia), tradotta in tedesco dal polacco per *Buss e Nawrocki* 1858-59, 4 voi., lavoro pregevole, ma avente in sè giusta l'opinione di parecchi valenti archeologi slavi, di molte asserzioni soverchiamente ardite.

(2) L'opera principale è di *Ewers* « l'antichissimo diritto dei Russi » *Dorpat* 1828; buona parimenti la è quella di *Reutz*; « Saggio sul perfezionamento storico della costituzione di stato e di diritto dei russi » *Mitau* 2 vol. 1829.

degli antichi germanici), quantunque si fosse svolta da elementi slavi; può essere anche quello che occasionasse la somiglianza di molte parti del diritto. Il dominio dei Mongoli produsse una interruzione in tale sviluppo giuridico. Scosso tal giogo, incominciò il rozzo despotismo dei signori per cui ebbero ad essere distrutti gli antichi liberi ordinamenti nelle città, ed i contadini si abbassarono a servi della gleba. Ivan Vasilievitch III preparò nel 1467 un codice, *Zakony*, che riveduto da Vasilievitch IV, venne denominato *Sudebnik*, il libro dei giudizi. Lo czar Alekei Michailovitch fece coordinare il diritto russo che trovavasi in vigore. Ma il primo pensiero di un sistematico codice russo si fu di Pietro il Grande, nè venne attuato che dall'imperatore Nicolò I, col codice per l'impero russo promulgato nel 1833, codice contenente in 8 libri (15 volumi) il diritto complessivo della costituzione ed amministrazione dello stato, il diritto civile e penale, nonchè la relativa processura.

L' antichissimo diritto di *Polonia* (1) appoggia allo stesso principio del russo. Il cristianesimo nonchè il diritto canonico raddolcirono i costumi e diedero vigoria al potere regio. I giudizi spirituali-eliminarono i giudizi del popolo, ed il diritto nazionale dovette cadere. All'incontro crebbe il potere e l'orgoglio della nobiltà. Fin dal 1230 fu rimarchevole l'influenza del diritto tedesco, in ispecial modo dello Specchio Sassone e del diritto di Magdeburgo. Per il che crebbe la confusione giuridica; e Casimiro il Grande (1370), il quale specialmente ristabilì l'ordine interno si fu il primo che recasse alla dieta di Vislika 1347 una aconcià raccolta di leggi. Per la Lituania esel un codice nel 1529, poscia generale a tutto l'impero.

Il diritto slavo *boemo* ha mestieri non altrimenti del *moravo* (2) di nuove profonde indagini.

Tra gli Slavi del sud-est, specialmente tra i Serbi ed i Croati, i quali emigrarono dalla Russia meridionale, i Serbi s'offrono per la schiatta la più importante. Il più grande dei re loro, Stefano Duschak, pubblicò una legge, *Zakon y Ustav* (legge ed ordinanza), che pel nobile spirito dal quale trovasi animata, va distinta fra tutti i monumenti giuridici del medio evo.

Gli *Ungheresi* (3), la cui provenienza non è fin qui stabilita con esat-

(1) L'opera principale è di *Lelewel*. « Diritto originario civile e penale della Polonia fino ai tempi dei Jagelloni » (in polacco e tedesco). Varsavia 1838; v. la più estesa letteratura presso *Mittermaier* loco cit.

(2) Vedi *Muciciovski* l. p. 363 e 368 e seg. *Safarik* antichità slave 1836 e la letteratura presso *Mittermaier*. Il più antico diritto della Moravia, specialmente della collezione di leggi dal 1197-1223 del re Ottokar, trovati nella raccolta dei *Jura primaeva Moraviae*, messa insieme nel 1787 dal Benedettini.

(3) V. sul diritto ungherese *Wenzel de fontibus juris privati Hungarici*, Pesth, 1836 *Vitruvii*, enciclopedia, Buda 1852, p. 170, come pure il di lui *Specimina juris publici Hungariae* 1848 e 1851.

tezza (ma che sembra appartengano alla stirpe finnica) vantano parecchi legislatori cominciando da Stetano il Santo (1038) il quale, come sembra diè loro una costituzione e legislazione simile a quella dei Franchi. Del resto la storia dello stato e del diritto abbisogna circa le fonti di indagini ben più estese.



CAPITOLO FINALE.

Rapido apprezzamento giuridico filosofico del diritto tedesco, ed esposizione delle basi per una legislazione civile armoneggiante coi principi del diritto tedesco.

§ I. APPREZZAMENTO DEL DIRITTO TEDESCO (1).

Filosofi e giurisperiti s'adoprarono negli ultimi tempi a tutt'uomo per far emergere lo spirito nonchè l'importanza storica del diritto romano. Al diritto germanico non si fece molta attenzione; e pure è desso la fedele espressione di una stirpe di popolo che compì la riforma del mondo antico, e s'ebbe fin qui un'alta missione nella storia. Abbracciandosi universalmente il diritto romano, il diritto tedesco ritrovossi nelle condizioni di un vinto, ed anco malgrado l'onore in cui venne tenuto in questi ultimi tempi, e lo svolgimento che s'ebbe per cura di molti, non gli fu dato rivaleggiare col romano. Tuttavia gli si apre innanzi vastissimo l'avvenire, in cui non comporassi per fermo nelle viete forme, ma si animerà a principii più elevati e suscettibili d'innovazione. Il diritto romano mercè le sue forme elaborate, e la sua tecnologia giuridica esercitò gran forza d'attrazione e quasi direbbesi artistica, sulla direzione scientifica del diritto. Ma non si tosto che lo spirito del diritto tedesco già di molto perfezionato, ed i suoi principii fondamentali meglio rispondenti ai rapporti della vita sarannosi manifestati in un più profondo concetto storico, giuridico e filosofico, nonchè si troveranno confortati da uno svolgimento tecnico: d'un subito esso diritto si avrà una gagliardia d'attrazione che manterassi perennemente viva ed efficace a motivo del suo senso intimo più sociale, umano e conforme alla moralità.

Il diritto tedesco, uno specchio vivente del carattere popolare tedesco, convien lo si rischiarì muovendo dalla più interna natura di questo.

(1) Anche l'apprezzamento che noi qui porgiamo, non è nulla più di un semplice tentativo al quale però spetta di dedurre dal carattere fondamentale del popolo i più importanti momenti particolari del diritto, e di coordinarli ad un tratto organico. In siffatto giudizio si manifesta senz'altro la somma affinità della filosofia del diritto fondato da Krause, adottata come punto di partenza anche da Röder, col diritto tedesco; e così pure scorgesi propendere le vedute giuridiche filosofiche di Kant e Fichte nonchè dello stesso Hegel, pel sistema romano.

Questo carattere ebbe nello sviluppo storico ad essere modificato in parte da straniere ed esterne influenze, ma tuttavia si mantenne gagliardo a sufficienza per riformare quanto avvi di diverso da lui, e per imporsi forte di nuova possanza.

Il carattere popolare tedesco tratteggiato già per noi brevemente, ossia la continua manifestazione di uno spirito tanto profondo che vasto, rileva l'impronta di una tendenza della vita e d'un concetto, i quali non sono prodotti da intelligenza astratta, scomponente ed analizzatrice, ma da una ragione più elevata che serba l'unità e l'intime relazioni della vita, e sostenuti da una libertà condizionante l'onore e la grandezza dell'uomo, in una comunione tale che detti misura, e norma, ed in un'ordine di cose obbiettive; esso carattere non sconsigliò giammai i beni più elevati e gli scopi dell'umanità, ma invece intese mai sempre ad elevare ad un tutto armonico ed organico la vita umana nell'intimo vincolo e nella reciprocità de' beni necessari, degli scopi e delle sfere vitali. Simultaneamente un profondo sentimento della individualità di ciascuna sostanza e vita posta nella natura, nella vita spirituale e morale nella storia nonchè nella conformazione dell'ordine sociale, se si che si apprezzasse più giustamente il principio naturale, spirituale, morale e storico. Così pure il rispetto per l'individualità, com'anco per la prestazione di vicendevole sussidio nella consorte della vita, fu causa che si organizzasse la vita in comunioni, nelle quali il vero principio giuridico, non già quello che stabilisce solo i doveri negativi, ma eziandio i positivi, potè imporsi così come ritrovasi intimamente collegato colla morale. Ma non haunosi a passare sotto silenzio alcune debolezze e vizii nell'ordine del diritto e dello stato, venienti dalla varietà del carattere e delle tendenze, vizii che si manifestano molte volte specialmente nella trascuratezza, nell'amore dello speciale, nella mancanza di vigorosa e decisa tendenza, nonchè nello sconoscere i mezzi ed i gradi più facili per giungere alla meta. Che se altri popoli raggiunsero in speciali sfere un maggiore perfezionamento, tuttavia converrà pur sempre ammettere occupare fin qui il popolo tedesco nello insieme dell'ordinamento umano della vita un posto principalissimo.

Facciamoci ora a considerare i momenti di maggior rilievo di esso carattere, secondo le conseguenze pratiche quali si rivelano nello sviluppo storico, nonchè nell'ordine giuridico sociale.

1. Nello storico svolgimento, la varietà dell'indole e delle inclinazioni del carattere della vita tedesca, impedì che si facesse preponderante veruna tendenza parziale in qualsivoglia sfera spirituale, politica o religiosa in guisa tale che fosse posta in pericolo la sussistenza vitale. Gli è bensì vero essere emerse di molto in varii tempi alcune speciali direzioni, le quali deggionsi considerare e legittimare in parte coll'avere riguardo alle circostanze ed ai bisogni dell'epoca; ma il contrapposto principio della vita stette tuttavia forte abbastanza per ricovrare nel proprio mo-

imento il proprio valore. Tre epoche principali si manifestarono fin' ora nella storia sotto un'aspetto caratteristico e tutto loro proprio; l'una determinata dal prevalere della libertà; l'altra dal principio dell'ordine e dell'organizzazione; l'ultima dal principio della libertà lottante onde risorgere e per i mutati casi combattente allo scopo di sussistere, principio il quale tal volta ebbe ad escire dai proprii limiti, e la cui vera conciliazione col principio dell'ordine si offre come l'ultimo e vicino scopo nella scienza e nella vita. L'epoca più remota da noi conosciuta fino alla trasnigrazione dei popoli la è quella della prevalenza della personalità e libertà individuale, quantunque anco in essa il concepimento del vineolo (*Era*) inerente all'antico diritto germanico, si fosse manifestato nello stabilire delle condizioni essenziali alla vita di comunione, rispondenti ai semplici rapporti. La trasnigrazione dei popoli, e la conseguente riforma dell'ordine, dell'antica germanica economia rurale, i cangiati costumi e le innovate istituzioni, il cristianesimo ed il regio potere ringagliardito, elevarono il principio di un novello ordinamento e governo giuridico, e politico e religioso avanti il quale fu forza alla prisca libertà muovere a ritroso. Il medio evo sforzossi ad attuare una vasta idea di un'organizzazione obbiettiva dei rapporti della vita, organizzazione in cui doveansi contenere lo stato, la chiesa e tutte le sfere speciali, e nella quale ciascun individuo, qualsivoglia stato, fosse per ritrovare il proprio posto e limite preciso, come i diritti ed i doveri. Se non che il difetto di una vera scienza, la imperfezione e la rozzezza delle circostanze, fur causa a molteplici contese, a lotte nonchè al servaggio sul terreno Spirituale, religioso e giuridico-politico. Nell'ordine del medio evo, il sistema feudale cogli altri collegati rapporti economici, costituisce il più saldo fondamento alla cerchia secolare. Il sistema dei beneficii che trasmutossi più tardo in feudale non è, come fu già per noi dimostro, una istituzione prettamente germanica; però che venisse provocato dallo sciogliersi delle pessime condizioni celtiche e romane nelle Gallie, onde lo spirito coordinatore germanico impadronissid'esse senz'altro per fondare di nuovo mercè il principio del legame, un'ordine più saldo nel vincolo del possesso fondiario. Veruno per fermo il quale si ponga a riflettere sulla coscienza e sentimento umano giuridico, nonchè sovra quanto è presentemente richiesto dall'economia popolare, bramerà si ritorni al principio feudale ed agli antichi rapporti del vincolato possesso fondiario. Tuttavia conviene legittimare storicamente anche questi rapporti. Per la qual cosa a chi li consideri senza una preconcepita opinione, quegli ordinamenti di possesso fondiario si offriranno siccome formanti la istituzione, relativamente ai tempi, migliore di quante ve ne avessero nel medio evo. Ed in essa istituzione si rivela l'antico spirito germanico, e per la fermezza e per la trasmissione ereditaria di famiglia in riguardo al possesso fondiario, a questa natural radice di qualsivoglia ordine di stato. Siffatte istituzioni ebbero

per lo meno l'incontrastabile merito di aver serbato per più di 1000 anni, un tollerabile ordine fondiario, nonchè una numerosa e robustissima classe d'agricoltori. A tali risultati si raffrontino gli effetti dei principii romani dalla libera disposizione circa la proprietà fondiaria, e si cerchino specialmente in Francia nel volgere degli ultimi 50 anni ove quel sistema di libertà s'ebbe la massima applicazione. Ingenti debiti (1) pesano ora sulla stato contadinesco in guisa che, ove non vi si ponga ripiego, esso non potrà sfuggire ad uno scompiglio simile a quello che avvenne a Roma e nelle provincie romane appunto per la gravezza deidebili, minacciando però il più grande disastro alla sussistenza dello stato. I pesi nel medio evo eran per certo ben gravi alla classe agricola, ma tuttavia non eccedevano una total misura naturalmente proporzionata alla capacità della persona; laddove nel sistema moderno di debiti pecuniarii, come quello che si è astratto ed illimitato, il debito può eccedere fin'anco il valore del fondo, e quindi condurre a far scacciare dalla sua casa o dal suo podere il debitore. Gli è però vero che alcuni beni (la maggior parte enfiteutici) ammettevano nell'antico sistema anche il carico di debiti e la vendita all'incanto, ma molti non acconsentivano siffatti pesi, com'è a dirsi delle fattorie; avvegnachè potesse avvenire per queste in caso di trascurata coltivazione, lo scioglimento del contratto, nel qual caso però era prescritto per l'interesse pubblico non essere abilitato il padrone del fondo a ritenerlo per sè, nè ad unirlo ad altra tenuta, ma doverlo concedere altrui sotto condizioni uguali e per nulla più gravose. Per questo si sostenne una classe gagliarda di contadini, laddove al presente quanto più seguirassi anco nei rapporti rurali l'astratto sistema romano relativo alle sostanze, si andrà formando con rapido incremento una nuova specie di dominio diretto, pel quale ai moderni padroni degli interessi e di simili prestazioni, sarà concesso intraprendere l'esecuzione a lor senno, scemporre e riunire secondo il proprio interesse e trascinare lo stato agricolo ad essere una classe di servi e di giornalieri (2). Havvi un adagio giuridico tedesco che dice « il

(1) Secondo i dati ufficiali gravitano ora sul possesso fondiario 12 miliardi di franchi in ipoteche, ed il nuovo slancio dell'industria del credito mobiliare, cui tentasi seguire negli stati tedeschi, sarà causa oltre dello sfasciamento morale in tante sfere — che il sistema speculativo di incontrar debiti, che in Francia invase gli stessi villaggi, sia condotto a livello ai debiti ipotecarii. — Parecchi nuovi storici e pubblicisti francesi non veggono nel sistema feudale, che anco da storici come Guizot (*Cours d'histoire moderne* leçon 4) fu considerato sotto un solo ed esclusivo aspetto, una intrusa istituzione germanica, da cui si sarebbe emancipato il genio celtico ridesto nella prima rivoluzione. Al postutto fu per la rivoluzione iniziato un'ordine che guida direttamente all'antica economia gallica dei cavalieri e dei servi, colla sola differenza che i moderni cavalieri sono cavalieri di danaro e di industria.

(2) *Waller*, dopo avere § 491 notate come le costumanze e la legge pro-

debitore gli è un servo dei pesi feudali; » ed il libero sistema d'incontrar debito non potrà alla fine condurre se non all'antica servitù romana e gallica, e perdere anco lo stato. Con ciò siamo ben lontani dal voler farci apologisti del ripristinamento dei vietati rapporti vincolatori, o dal pensiero di escludere in modo assoluto i possessori di fondi dall'incontrare debiti. Soltanto pel raffronto dei rapporti avvisiamo far riconoscere un vero principio giuridico tedesco nel suo senso di pratica utilità anche per i tempi nostri, cioè è nostro intento lumeggiare come sia di pubblico interesse in ogni stato che la sua classe agricola non si trovi aggravata da debiti, e che però occorra sotto certi limiti circoscrivere l'arbitrio privato come trattasi di aggravare il possesso fondiario, in guisa che la vera libertà del possesso agrario sia per principio da aversi in conto di istituzione di pubblico interesse nonchè di quello delle famiglie contadinesche, secondo l'analogia dei fidecommissi di famiglia (1). Lo studio del diritto tedesco e della sua storia deve servire eziandio a far nuovamente apprezzare quanto aveavi di buono nelle antiche forme già distrutte o tuttavia da abolirsi, onde mercè tali vedute limitare essenzialmente i principii dell'astratta libertà romana del volere. In generale la è missione dei tempi nostri il conciliare il concetto di libertà colle condizioni di un ordine obbiettivo, il quale debba vincolare ogni individuo, nonchè gli sforzi e gli scopi parziali, in più elevata comunanza all'intento di un grandioso scopo complessivo. Il diritto romano può ben poco contribuire a sciogliere siffatto quesito. Se esso potea sulle prime essere utile ravvalorando la coscienza della volontà giuridicamente libera, ora tal suo scopo trovasi esuberantemente compiuto. Il suo genio del libero operare degli individui in tutte le sfere del diritto privato, scioglierebbe nei loro atomi gli stati nostri, torrebbe ogni freno all'egoismo individuale, nè toccheremmo altro retaggio se non quello di una vita scomposta quale era la romana. Si

vedessero alla conservazione delle tenute e di una forte classe contadinesca, così si esprime in riguardo anche alle attuali condizioni iniziali per lo svincolamento, § 442: « Già per quest'opera (lo svincolamento) fu impoverito lo stato agricola per lo sminuzzare dei fondi, per l'agevolezza dei debili ipotecarii lo si soppose all'ipoteca, mercè la reale dipendenza del creditore si fece sorgere una nuova maniera di dominio diretto, il contadino fu come innanzi astretto a sacrificare una parte del suo lavoro onde essere in grado di pagare gli interessi, in caso non si pagassero arretrati sostituisi all'antico semplicissimo pignoramento o scioglimento di contratto un costoso e non men duro processo esecutivo, e di tal guisa fu illusione una gran parte della libertà a cui si intendeva. Ora prevediamo altri tempi nei quali la classe agricola o trasformerassi per i debiti e le espropriazioni in uno stato di semplici fittaiuoli o giornalieri, oppure si ricorrerà al rimedio di ridurre conseguentemente le ipoteche. » Ma se vuolsi evitare quest'ultima ingiustizia conviene porre un limite alla costituzione delle ipoteche.

(1) Vedi il libro III il diritto delle classi speciali, ove crede avere « nel diritto contadinesco » offerti alcuni importanti cenni per formare un nuovo regolamento giuridico di tali rapporti.

volle oltre ogni misura animare il popolo tedesco cogli « eterni principii di diritto mondiale, colla ragione scritta, col potere della volontà e dominio » e si intese di continuo ad innestare queste massime nelle nuove generazioni, quasi dipendesse da siffatte credenze il benessere degli stati. Eppure non è dato ritrovare salvezza se non abbandonando in parte, ed in parte, limitando un tal sistema. Il diritto tedesco che non deve strignersi nell'angustia comprensione dei concetti romani, nè impedire si organizzi secondo la propria natura, può additare la via che conduca alla vera meta, non altrimenti che fa la vita tedesca come quella la quale fin qui s'avvicina ognor più al miglioramento. La storia tedesca non conosce veruna sollevazione popolare occasionata dall' usura degli interessi percepiti dai ricchi, nè il proletariato romano gridante *panem et circenses*, e nianco un arbitrio democratico delle masse tramulantesi indi nel despotismo degli imperatorii. E solo i principii romani di diritto e di stato potrebbero ricondurne a tali estremi, come in fatti ne resero agevole la via. Il diritto tedesco ebbe a coordinare ovunque l'individuo e la sua libertà ad una comunanza limitatrice, costituendo nelle varie sfere la comunione sulla base del cooperamento di ogni singola persona, sia che ciò avvenga mercè la rappresentanza diretta od indiretta, promuovendo di tal guisa un'organica azione reciproca fra gli individui e la massa. Per la qual cosa fu regolata la vita nella famiglia, nella comunità, nella società e nello stato in modo tale che ciascuna sfera e classe e vocazione fosse apprezzata secondo il suo carattere e libertà, e venisse chiamata regolarmente a prender parte nell'amministrazione dei pubblici affari. Gli è così che manifestasi nella storia il diritto tedesco il quale si manterrà nella vita tedesca, purchè la divina provvidenza faccia progredire il popolo alemanno ancor gagliardo sul cammino di una vita di stato ben'ordinata.

II. Facciamoci ora a considerare in *sè stesso* il diritto tedesco secondo i momenti principali dello spirito e del carattere alemanno che in lui si manifestano, e troveremo siccome tratto fondamentale predominante la elevata natura sintetica ed organica, la quale si palesa e nell'intimo armoneggiare del principio subbiiettivo della persona e della libertà con un'ordine obbiettivo, e nell'organizzamento della complessiva vita sociale, e nel genio d'ordinamento ed organizzazione che va creando le consorterie. In oltre in esso sistema scorgiamo l'intima unione dell'ordine giuridico, con quello naturale e morale delle cose, veggiamo regolarsi qualsivoglia rapporto in armonia a tutte le altre condizionanti relazioni, il rispetto dell'individualità delle persone e delle sfere della vita subordinate le cose e le sostanze (evitato un diritto astratto sulla proprietà) ai rapporti personali per cui esso sistema costituisce solo una base esterna. Finalmente ivi ne occorre il collegamento strettissimo de diritto privato e pubblico, onde ravvalorarli reciprocamente con distinzione però delle particolarità di ciascuno dei due rami. E tutti i momenti principali or da noi numerati, trovansi anco fra *sè* congiunti gli uni agli altri accennano, e formano un tutto organico.

1. Il principio sintetico del diritto tedesco lo si riscontra nell'intima unione del diritto subbiettivo derivante dalla persona e dal libero volere, vale a dire nell'abilitazione e libertà, con una norma proveniente dall'ordine obbiettivo della vita stabilita da Dio, ordine che serba il vincolo nella comunione degli effetti liberi. Questi due momenti predominarono or l'uno or l'altro in varie epoche, non tenendosi nei loro veri confini, e specialmente nel medio evo l'ordine obbiettivo paralizzò e tolse la libertà. Tuttavia questa mise così profonde radici nel diritto tedesco, e l'elemento collegatore emerge anch'esso cotanto chiaramente in tutti i rapporti, che solo il pregiudizio può apporre al diritto alemanno quando lo spirito subbiettivo e quando l'obbiettivo (1), laddove invece l'armonia dei due concetti in una sintesi organica forma la base del carattere e del diritto tedesco. E' bensì vero che si potrebbe in questo sistema credere prevalere il momento subbiettivo, quando si rifletta all'antico concetto germanico della libertà, all'alto senso del principio di persona che dominava nei diritti del popolo e nel medio evo, come anche, secondo le fonti del diritto, all'arbitrio nei contratti, all'autonomia, ai brevetti di privilegi, cose tutte tenute come tante libertà; tuttavia non emerge meno luminosamente nei rapporti il principio del vincolo e della legge coordinatrice e collegante. Così veggiamo strettamente congiunti diritti e doveri in guisa, che ciascun diritto sia limitato dai doveri, e questi formano la base dei primi. Però viene frenato l'individuo nella comunione della vita in vari modi dal vincolo naturale della famiglia, specialmente come trattasi di alienazioni e donazioni. Non altrimenti trovansi collegate saldamente fra di loro le famiglie per la comunità ed il consorzio della marca. Ma il vincolo che toccò la massima importanza ed estensione, si fu il feudale e quello dei rapporti dei contadini. Finalmente trovavasi essere gagliardo il legame delle consorterie e delle varie sfere della vita di comunanza, e però siffatto principio si offre pel più elevato ed interessante. Per questo carattere sintetico che si manifesta in tutte le direzioni, va distinto essenzialmente il diritto tedesco dal romano, il quale rivela in tutti i suoi assiomi ed istituzioni giuridiche, com'anco nel metodo il carattere *analitico*. Nel diritto tedesco prevale la *ragione* che riunisce, coordina e toglie le contraddizioni, ma quanto avvi di individuale non viene di certo afferrato a sufficienza, nè determinato secondo le regole generali. Nel diritto romano regna all'incontro l'*intelletto* che analizza e di nuovo combina esternamente, intelletto che condusse esso sistema al teorico perfezionamento, e che mediante la moltitudine dei casi svolti secondo regole formali, impedisce che molti avvertano la mancanza di più elevati principi.

(1) Così Zopff II, 2. p. 2 e seg., crede scorgere nel pur diritto tedesco la prevalenza del concetto giuridico subbiettivo, ovvero della libertà; nel romano all'incontro (e qui erra del tutto) il predominio del concetto legale obbiettivo, mentre Schmidt manifesta nel proprio lavoro l'opinione contraria.

2. Il diritto tedesco riflette una organizzazione di tutti i rapporti sociali della vita, alla quale esso si congiunge coordinando. La vita tedesca elevossi in parecchie guise al di sopra della sfera meramente giuridica politica, diffondendosi in tutte le direzioni, promuovendo operosamente ogni maniera di beni, abbracciando tutti gli scopi umani sociali, e creando per questi appositi organi. Il potere ognor più ravvalorantesi della chiesa, la quale si stabilì in una posizione indipendente dallo stato, condusse la vita ad emanciparsi anch'essa dallo stato; e la gagliarda tendenza volta a comporre dei consorzi, tendenza che si fé superiore all'abilitazione dello stato come quella che fidava nel proprio diritto, produsse un ricco sistema di corporazioni, specialmente sul terreno dei mestieri e del commercio. Tuttavia il diritto non rimase dall'imporre ovunque la propria abitazione e dal dirigere tutti i rapporti esterni sociali, rispettando ad un tempo la speciale natura di ciascuna relazione. Di tal modo intendevansi a regolare tutti i rapporti di diritto pubblico e privato sì della chiesa che dello stato, dell'agricoltura e dei mestieri ecc., non per certo in conformità ad alcuni principii astratti, ma secondo l'intima natura e scopo dei rapporti e delle istituzioni. Per la qual cosa il diritto tedesco offre un'organismo corrispondente all'organismo sociale, ed in essa organizzazione giuridica ciascun membro vien serbato nella propria individualità e libertà, e simultaneamente congiunto per certi vincoli a tutte le altre parti nonchè all'insieme. Ben diversi da ciò sono la vita ed il diritto romano, che trovansi solo diretti a scopi esteriori e subordinati della vita, mossi dalla tendenza dell'egoismo e retti da regole astratte, mentre tutto il sistema è riposto in un meccanismo uniforme, per quanto è possibile, di norme e di formole di diritto privato e pubblico. E però se vuolsi che il diritto tedesco serbi il proprio carattere, conviene guardarsi dal restringerlo in alcune formole meccaniche del sistema romano, mentre invece tanto nel suo perfezionamento, quanto nella applicazione a nuovi rapporti e bisogni fa d'uopo averlo in conto di principio direttivo, onde sia dato dall'interna natura e scopo di qualsivoglia relazione derivare e determinare il diritto. Al quale intento conviene avere pure riguardo ad un tempo a tutti gli altri rapporti condizionanti, e così riescire ad armoneggiare il sistema organico giuridico, con quello pure organico dei rapporti della vita, e degli scopi e condizioni di questa (1).

3. Dalla natura del carattere tedesco si spiega pure la viva tendenza all'associazione, che si incarna nella formazione di consorterie d'ogni specie. Mentre dall'un lato si palesa il sentimento della individualità propria ed altrui, e dall'altro canto viene riconosciuto l'ordine supremo nonchè la buona volontà piegantesi ad uno scopo comune, palpita eziandio l'aspirazione ad un vicendevole aiuto e completamente in una società ottimamente ordinata. Siffatta inclinazione che emerse ben presto nella

(1) Vedi intorzo a ciò la metodologia del diritto al principio del libro III.

vita germanica, che pose in intimo collegamento la persona colla persona, e strinse tra di loro le conseguenze giuridiche pel vincolo morale della fedeltà che rassodò nelle famiglie e nelle tribù i legami naturali, che pose importanti nodi giuridici politici nei consorzii, nelle marche e nei distretti; volgendo il medio evo incarnossi nella formazione d'ogni maniera di consorterie per scopi industriali, commerciali, scientifici, pedagogici, religiosi e morali. Il congiungimento tedesco d'entrambi i momenti di eguale importanza, della personalità individuale e della comunione determinata dallo scopo, disegna nelle consorterie il loro particolare carattere giuridico, in guisa che tanto i membri che il tutto morale si presentano in questa loro qualità e abilitati ed obbligati. Gli è per ciò che la consorteria giuridica tedesca non può essere trattata del tutto sul tipo delle due istituzioni giuridiche romane astrattamente contrapposte, della *universitas (personarum)* e della *societas*, le quali esprimono una colleganza di persone allo stesso inteo.

Le varie maniere della consorteria ne sono porte dalla diversità degli scopi da seguirsi. Ed è un tratto caratteristico della tedesca consorteria, il riguardare di essa non solo alle sostanze, ma eziandio ai rapporti morali, nonchè l'operosità per morali intendimenti. Nella stessa guisa che in molte specie di consorterie, l'onore ed il costume veniano protetti da regolamenti disciplinari, così era pure compresa nello scopo la cura degli infermi, delle vedove e degli orfani. Perocchè sia appunto il vero nobile spirito e costume giuridico tedesco, il trattare gli averi non astrattamente dalle persone, ma in modo che i rapporti di sostanza, specialmente in una comunità di persone, sieno congiunti ad altre relazioni personali e morali, e che i beni abbiansi ad avere come semplice base per gli altri rapporti morali, od almeno sieno da questi condizionali (1). Non altrimenti che nelle relazioni di proprietà fondiaria, e nel sistema feudale, il vincolo della fedeltà ed i doveri per ciò reciprocamente imposti, divennero il più importante momento morale, ed anco negli altri rapporti de' contadini furono strette fra le rispettive persone parecchie relazioni morali, giuridiche e politiche, i cui pregi o vizii trovansi tuttora molto dubbii; così ugualmente avveniva nelle consorterie, in cui si può quasi ovunque riscontrare un lato della sostanza giuridico, uno morale ed anche un'altro politico-giuridico. La ricca organizzazione specialmente della vita cittadina nelle consorterie, maestranze e corporazioni, non diedo alla vita tedesca maggior fermezza e solidità, di quello che non facesse

(1) È da tenersi per ottimo iniziamento al vero cammino tedesco, la proposta che nella camera prussiana dei signori, dietro proposizione d'un membro, fu dalla commissione raccomandata al parlamento il 12 aprile 1846 perchè venisse accettata: « di pregare il governo ad esaminare se i possessori di strade ferrate, di fabbriche ecc., potessero in via legislativa essere astretti a prestare di più di quello che esigono le leggi attuali a sollievo della riunione dei poveri, in riguardo alla cura e sussidio degli operai e delle famiglie di questi da loro impiegati. »

il vincolo dei rapporti della proprietà fondiaria. Il progresso reale fu per vero difficoltà di molto e pressochè arrestato in ambo le direzioni per la difettosa organizzazione dei legami, ma la posizione personale ebbe ad essere pel volgere di secoli in modo sopportevole. Il nuovo principio della libertà individuale è presentemente volto alla completa distruzione delle antiche consorzierie nella sfera del commercio e dei mestieri, ed in molti paesi ebbe a dominare da vincitore. Che se una siffatta direzione la si avesse ad attuare in tutte le conseguenze sue, verrebbe la libertà a distruggersi di per sè stessa e qui, ed ovunque essa ritrovasi senza limite, riducendosi ad essere la schiava di altri poteri, e lo strumento della forza pecuniaria; dal che ne scenderebbe un moto senza limiti e misura, nonchè la rovina degli uomini e dei rapporti. Per la qual cosa se vuolsi che la società non si sciogla individualmente nei propri atomi, convien stabilire un'ordinamento etico, giuridico morale e ricongiungerlo al principio ancor palpitante della consorzeria. E' poi di interesse *pubblico* il propugnare il concetto tedesco della consorzeria come una *istituzione* che non può nelle sue essenziali relazioni essere cangiata dall'arbitrio, e la quale fa d'uopo sia ordinata in modo legislativo.

CONTINUAZIONE DELL' APPENDICE *

L'egoismo industriale bramerebbe per fermo foggiare, come per tanto tempo esso fece, siffatto rapporto nella forma romana del contratto di assunzione d'opera, ed assumere gli operai esclusivamente sotto le condizioni determinate dalla concorrenza, licenziarli come torna opportuno, e rimmetterli alla beneficenza universale, ovvero alla cassa dei poveri. E nella stessa guisa che porge un miglior carattere il contratto germanico dei servi, però che sia informato eziandio da parecchi doveri morali; così anco l'egoistico modo di trattare l'operaio industriale gli è opposto al costume tedesco, al diritto ed alla umanità. Impertanto conviene che la legislazione faccia opera circa le consorte e le società, di stabilire nella sfera industriale, come fu il caso presso le maestranze, provvedimenti in armonia alla forma moderna industriale e sociale, che sieno di beneficio all'operaio ed a' parenti suoi, coll'organizzare certi fondi che soccorrano come vi abbia bisogno, per es. ne' casi di malattie, di mancanza di lavoro, e che prendan pur cura delle vedove e degli orfani (1). Da esso provvedimento, nello spirito del diritto tedesco, scenderebbe energico il rimedio contro le più minacciose condizioni della nostra vita di stato e sociale, e verrebbero ben più larghi benefici che non sieno per derivare da tutto il diritto romano.

(1) Il commissario governativo avea mostrato nella commissione (di cui si fe' cenno nell'ultima nota), che il maggior numero dei più importanti stabilimenti industriali in Prussia avean cura dei loro operai; e accennava come al finire del 1834 vi avessero in 300 comuni, casse di soccorso per i fattorini ed operai delle fabbriche, e che le 1022 casse di tal genere annoverassero 240000 interessati; tuttavia malgrado siffatti dati statistici, la mozione riportata nell'antecedente nota venne approvata dal Parlamento.

4. *Il principio di natura nel diritto tedesco.* Non altrimenti che lo spirito germanico va distinto dal romano e dal romanesco per più profonda concezione della vita di natura; che manifesta la sua intima colleganza con essa nell'arte e nella poesia; e che nella esterna attuazione della vita di natura, alla essenza di questa maggiormente attienesi; così anco nel diritto tedesco si palesa una più profonda osservanza dell'ordine naturale delle cose. In primo luogo veggiamo come lo sviluppo progressivo del diritto tedesco, meglio risponda allo stato naturale, in quanto che quello sino all'adottamento del sistema romano, procedesse ben più dal costume vigente presso tutto il popolo che non venisse dalla operosità coscienziosa e riflessa della legislazione, dei magistrati e dei giurisprudenti. Mentre non è dato ammettere, come poetizzando immaginò il pensiero germanico, che il diritto romano si perfezionasse in modo naturale, il diritto tedesco invece si può averlo per svolto secondo i principi di natura, in quanto nacque e crebbe emanandosi dal complesso e dalle speciali organizzazioni del popolo. Accolto il diritto romano, e per esso agevolatasi la gagliardia del potere di stato, domò vie maggiormente fino a questi ultimi tempi la tendenza esclusiva accentratrice, a cui si oppose in fine la pretensione democratica ed assoluta delle masse. Se non che lo spirito ed il sentimento germanico esigono tanto nella formazione che nel perfezionamento del diritto, che questo e la legge muovano non solo dall'alto, nè esclusivamente dal basso, sì bene da una rappresentanza mediata od immediata alla quale prendan parte tutte le naturali forze. Perciò il carattere dell'organismo, e delle parti che si svolge nella costruzione e svolgerassi nel perfezionamento avvenir del diritto tedesco, deve aver per simile alla natura. Ed anco l'ordine naturale si palesa diligentemente osservato nel diritto tedesco. Ed in fatti nell'antico sistema germanico, la famiglia, la prima società naturale era la base di molti rapporti giuridici. La famiglia tedesca non conosce la distinzione artificiale, determinata in particolar modo dal principio del potere, tra agnati e cognati; distinzione che appena Giustiniano togliea nel diritto di eredità. Fin dall'origine è nel diritto tedesco principio fondamentale la unità del sangue. I gradi di parentela in seconda linea sono spesse fiate confrontati alle membra del corpo umano (1). Il *Mundium* tedesco, quantunque simile dal lato della lingua alla romana *manus*, non esprime altrimenti un rapporto di potere, ma accenna alla tutela rispondente allo stato naturale dei membri nella famiglia. Nel diritto sulle cose, sulle obbligazioni e di eredità, scorgiamo da prima l'osservanza giuridica del partimento naturale, così interessante, delle cose in beni mobili ed immobili; formando quelle per loro indole il legame che congiunge l'individuo alla famiglia ed a tutta la pubblica società;

(1) *Speechio Sassone*, art. 4.

riferendosi le altre di più ai rapporti della persona privata assunta come tale. Anche la salute corporale e spirituale influiva nel diritto tedesco sulla capacità di operare delle persone, ben maggiormente che non fosse il caso nel diritto romano. A siffatta tendenza naturale conviene attribuire pure la conseguenza che nel diritto pubblico il concetto tedesco del dominio fondiario mosse dal *Mundium* e si estese eziandio alle persone dimoranti in un determinato fondo, abbracciando in seguito tanto i diritti territoriali (come la giurisdizione patrimoniale nei beni cavallereschi), quanto anche parecchi obblighi di provvedimento, p. e. per i poveri del luogo appartenente alla signoria. Da ultimo le massime ed adagi giuridici tedeschi rivelano la tendenza del popolo, a manifestare i rapporti giuridici mercè quelli di natura.

5. *Il principio morale nel diritto tedesco.* All'esatto apprezzamento di questo importante elemento, vuolsi far precedere una diligente e chiara determinazione del rapporto tra la morale ed il diritto, rapporto che ondeggia ancor vagamente e nella scienza e nella vita. Muovendo da un punto di veduta limitato ed esclusivo, ebbesi a considerare il diritto tedesco pienamente penetrato dal principio morale, e gli si appose il vanto molto pericoloso, d'aver elevato (?) a giuridici i rapporti morali, mentre ad un tempo lo si volle appuntare di confusione del diritto colla moralità. Se non che partendo dal punto di veduta per noi superiormente esposto, ne corre obbligo di declinare dal sistema germanico tanto quell'elogio come quel biasimo. Gli è indubbiamente vero che desso vagheggiò più del diritto romano, il lato morale, ma in ciò non ebbe a smodare; e quanto in tal vanto si indica come principio di moralità del diritto tedesco, non è nulla più del principio positivo del diritto, a cui non riesci di elevarsi fin qui, nè dalla superficiale filosofia giuridica dei tempi passati, nè dalla positiva giurisprudenza. Il vero principio morale ed il giuridico positivo fa mestieri si distinguano, distinzione che noi qui brevemente ripeteremo però che importantissimo sia l'argomento. La moralità come quella che è una forma soggettiva o psicologica della attuazione del bene, disegna il contegno interno della persona verso il bene, e si palesa nei *motivi* dell'azione, e nelle *condizioni interne* determinate appunto a tale intento dell'opera. Di siffatto interno stato, finchè non si manifesta all'esteriore, non si cura il diritto, e anche la più acuta indagine della coscienza non potrebbe afferrarlo con certezza. Se taluno nel porsi ad un'opera fosse spinto da un motore esclusivamente morale, gli è quesito, sempre però arduo, che si abbandona al giudizio proprio di chi opera. Ma non si tosto che siffatto motore s'incarna, per quanto sia prettamente morale, porge sempre un *lato giuridico* in rapporto alle persone, alle condizioni o verso altre opere. E per scendere ad un esempio, fosse un'opera mossa da gratitudine, convien pur la si assuma giuridicamente eziandio in confronto ad altri rapporti, come sarebbe

a dire avrebbesi ad indagare se per essa non si ledessero dei doveri giuridici verso i parenti. In *qualsivoglia* opera fa mestieri generalmente distinguere un momento interno morale ed uno esteriore giuridico; avvegnachè considerata come esterna azione, essa si pone in una serie di relazioni cui pur spetta al diritto coordinare. Siccome poi un momento morale può essere in seguito anco una parte *integrale* di un vitale rapporto; così convien che in tale ultima qualità lo si consideri come giuridicamente lo si coordina. Ma non si tosto che ne si offre l'opposto, cioè sescorgiamo *leso* il momento morale in una azione esternamente valutabile, in tal caso si fa luogo pure ad una *conseguenza giuridica*. Così è la fedeltà nel matrimonio un necessario fattore morale del matrimonio, ed anco una *condizione* di questo rapporto; e la si suppone fino a quando l'opposto ne si manifesta per azioni, lorchè dietro richiesta si fa luogo alla separazione ed al divorzio come a conseguenza giuridica. Se poniamci a riguardare il diritto tedesco sotto tale duplice aspetto, non ne verrà fatto di vedervi la confusione dei due elementi, ma invece l'armoneggiare del diritto colla morale. Così nel diritto tedesco trovansi apprezzate parecchie interne determinazioni della volontà, le quali il diritto romano incominciava a valutare soltanto dall'epoca dei pretori; come è a dirsi specialmente dell'errore e della colpa secondo le loro giuridiche influenze, ed in parte anco di più minute differenze di relazioni (1). Del resto anco il sistema germanico tiene i motivi morali posti fuori della sfera giuridica. Ma egli non ne deduce che l'immorale sia senz'altro giuridicamente permesso. Una massima come: *in emendo ac vendendo naturatiter concessum est sese invicem circumscribere*, trovasi in opposizione al genio giuridico alemanno, comunque la si voglia mitigare dall'interpretazione. Esso non acconsente, ma tollera solo alcune immoralità in base alla libertà morale cui devesi pur giuridicamente rispettare dall'uomo; ma tuttavia ei cerca porre loro certi limiti e sommetterle, come disonoranti, a giuridiche conseguenze. Per la qual cosa il diritto tedesco richiede anco nel diritto sui beni, l'acquisto onesto, in guisa che una soperchieria che dovessesi riguardare come frode, espellerebbe eziandio dalla corporazione. Così il diritto tedesco vuole che delle abilitazioni giuridiche si faccia un uso per molli lati morali. La prescrizione ne si manifesta come pena della noncuranza nell'uso; la perdita della fattoria qual castigo per la mala amministrazione. Finalmente vogliansi certe virtù morali quali parti integrali di un rapporto. E codesto gli è il caso specialmente nella *fedeltà*, e nella affine dignità, *l'onore*. Così il sistema germanico pretende in modo assoluto l'adempimento della promessa (2); e quantunque esso faccia pur caso di certe forme, nondimeno non ammise mai come nel diritto ro-

(1) Confronta *Platner*, schizzo storico del diritto 1831

(2) Sulla fedeltà quale momento vincolatore dei contratti nel diritto tedesco, vedi *Stobbe*, storia del diritto tedesco sui contratti 1832.

mano una distinzione in *contractus stricti juris et bonae fidei*. Esso richiede fedeltà, ove trattasi del completo assoggettamento dell'uomo — cosa del tutto ignota al sistema romano — ad un'altro, fedeltà dell'uomo e della donna, del vassallo e del signor feudale, del servo verso il padrone, fedeltà nell'adempimento dei doveri che spettano a ciascuno in riguardo alla posizione sua al suo ufficio e stato. *L'onore*, che si è soltanto la condizione e lo splendore della condotta armoneggiante col dovere in una comunità di liberi, e che muta di forma secondo lo stato e la tendenza dei singoli, è nel diritto tedesco per molti riguardi la condizione del conseguimento, dell'esercizio e della conservazione dei diritti. Quando in un'età ancor rozza strane credenze conducevano all'errore, e però si giudicassero siccome disoneste ed infamate quelle stesse persone che vennero poscia riabilitate dall'incivilimento e dall'umanità; deve sempre tenere per principio saldissimo che in ciascuna più o men vasta comunità l'onore e l'onoratezza forma sempre la base e la miglior garanzia al contegno giuridico. Lo spirito del diritto tedesco che mirava in tutti i comuni all'onoratezza (proverbio: « Le magistrature e gli stati convien sieno puri non altrimenti che se fossero scelti tra le colombe ») e a far dirigere la disciplina da magistrature sociali, può tornare efficacissimo di nuovo anche per le condizioni della nostra società. Tanto nello stato, che in ciascuna società speciale, ed in qualsivoglia condizione e consorte, fa mestieri che l'onestà del costume si trovi essere la condizione fondamentale dell'associazione. Benchè sia lo stato il custode giuridico della universale pubblica moralità, siffatta custodia non sendo per fermo sufficiente in verun caso, conviene che qualsivoglia particolare ragunanza organizzata, ogni consorte di stato e vocazione abbia cura dei speciali doveri dei propri membri. Quindi sarebbe d'uopo si facesse luogo ad un diritto e giudizio disciplinare in tutte le classi, in tutti i rami del servizio pubblico nello stato commerciale, industriale, in quello dell'istruzione ed educazione, degli avvocati, medici, com'anco per tutti quelli che nelle varie sfere della letteratura e della stampa sono operatori, ovvero ne smerciano i prodotti. Di tal guisa si darebbe vita secondo il genio tedesco ad una sanzione morale, che i Romani si avevano nella loro *censura* rappresentante un'essenziale completamento di lor vita giuridica, quantunque la non fosse nulla più di una istituzione *centrale* e distintissima; ed in siffatto modo verrebbe ad esser vieppiù stabilito ed assicurato il cooperare degli individui in ogni comunità, ed organizzato secondo una serie regolare d'istanze.

6. Di conseguenze pratiche anco maggiori si offerse nel sistema tedesco il positivo concepimento del diritto, che per la preponderanza del diritto romano e di quello antico di natura, venne quasi eliminato dalla scienza giuridica moderna. Il diritto romano che muove soltanto dall'individuo e dalla libertà sua, tenendo le altre persone tutte per contrap-

posizioni, ebbe per necessità a soffermarsi entro i confini di un concetto giuridico negativo e solo atto a limitare. Il diritto tedesco all'incontro considera fin da principio l'individuo siccome *membro* di una o di parecchie comunanze, e però deriva giustamente delle giuridiche obbligazioni dalla natura, della comunità, senza riguardo al volere delle singole persone. Fin dall'origine della storia tedesca, la famiglia, la parentela, il comune vincolano l'individuo; ed in seguito l'intera vita sociale e di stato si sviluppa e si conforma ad una forza di tutela e sussidio, di guarentigia e di pace. Ed in tal svolgersi di siffatto sistema, il cristianesimo coi suoi insegnamenti di divina provvidenza, insegnamenti che doveano porgere una guida pratica all'organismo de' provvedimenti sociali, non mancò per fermo di influenza; ma la direzione era già stata tracciata da prima dal sentimento germanico. Non altrimenti che all'impero pria, e poscia all'imperatore di Germania correva l'obbligo di proteggere tutte le persone bisognevoli di aiuto, di educarle e provvedere alle loro necessità; così anco in tutte le particolari società e conforterie venne organizzato un provvedimento e soccorso simile. Gli era quindi principio fondamentale nelle corporazioni, che l'uno dovesse prestare assistenza all'altro non altrimenti che ad un suo fratello in tutto quanto era utile ed equo. Esempio quando una persona si poneva in durevole rapporto con un'altra, oppure con una cosa, per lo spirito tedesco sorgevano dei doveri morali e giuridici positivi fra quegli individui. Il sistema feudale e le varie relazioni contadinesche ce ne porgono una prova. Avvi di più che in tutte le società aventi scopi perenni e comuni, i membri di esse sono riguardati e protetti in tutte le loro umane manifestazioni. Impertanto le corporazioni (le quali forse ne' vetusti tempi saranno state comunioni strette pei sacrificii) si elevarono in ispecial modo a società commerciali e d'industria; ma ogni corpo d'artefici si avea nel riguardò religioso il proprio santo patrono; mentre ad un tempo nella sfera politica gli correano dei doveri e godea di diritti; nella cerchia morale serbava la disciplina fra i proprii membri, e nella direzione positiva giuridica stabiliva provvedimenti per le vedove, gli orfani e gli infermi ecc. In qualsivoglia cooperazione il maestro, gli operai e gli apprendisti trovavansi stretti da un vincolo morale giuridico; ed in tutti siffatti rapporti emerge nuovamente il carattere organico del diritto tedesco. Avvegnacchè non altrimenti che accade nella natura ove lo insieme appare nella cosa speciale, e questa a quello è congiunta per ogni lato; così anco nella società vien fatto conto d'ogni elemento organico e di qualsivoglia specialità, studiandolasi in ogni parte, senza per questo confonderla coll'altre sfere della vita. E però, e le singole persone, e la famiglia, e le corporazioni, ed il comune e lo stato si hanno una sussistenza relativamente indipendente, comunque però trovinsi tutti collegati vicendevolmente insieme.

Quindi come la famiglia non assorbe e cancella la individuale esistenza della persona, così manca quella sciogliersi nella corporazione, nè questa nello stato, e le gradate organizzazioni rappresentano invece il progressivo sussidio e completamento della vita. Onde ne segue che qualsivoglia maniera di società informata a sentimenti umanitarii, e considerata dal punto di vista della umanità, imponga come tale eziandio dei doveri positivi di diritto, cui fa mestieri l'adempire non altrimenti che gli altri obblighi giuridici negativi, sia per sentimento morale, od in difetto di questo, per coazione. Imperanto è necessario che l'idea positiva tedesca del diritto, animi anch'esse le nostre condizioni. Sarà quindi nobilissimo vanto de' giorni nostri, se i fondatori di società di commercio ed industria, spontanei istituiranno provvedimenti pe' loro operai ed impiegati; ma codesto sarà però sempre un dovere giuridico che spetterà allo stato quale custode universale del diritto. Del resto la è pure gagliarda esigenza etica dell'attualità, che nell'assumere uomini al lavoro, non si debba trattarli come macchie intelligenti, impiegando tutta l'operosità loro in una sola sfera esclusiva, ma invece con filantropia si provvegga in modo giuridico e morale a tutte le umane condizioni e rapporti che ad essi sono inerenti. Il principio giuridico positivo emanante dall'etica si è quello il quale, come venga opportunamente organato in tutte le sfere sociali della vita, recherà la felice ricostruzione dell'ordine sociale, ordine al presente perduto nelle grettezze e smembramenti dell'egoismo degli individui, e farà sparire molti mali che pur troppo vanno ognora crescendo.

7. Ma nel diritto germanico l'ordine naturale, morale e giuridico è, e si manifesta in mille guise come emanazione della legge divina della vita che penetra e muove ogni cosa. Siffatta veduta cui è dato riscontrare nelle antiche credenze religiose e giuridiche della Germania, fu vivamente lumeggiata dal cristianesimo. Secondo tale insegnamento, ogni diritto come ogni verità viene da Dio. La giustizia divina regge questa vita e la collega ad una futura. Siffatto ordine celeste conviene che anco all'ordine stabilito dall'umana libertà imprima la suprema forza e relazione, misura e scopo, ed eziandio lo consacri. Del resto l'uomo a motivo della propria sostanza immortale e somiglievole alla divina, ha dei diritti non solo per concessione dello stato e del popolo, ma dei veri diritti innati, cui potranno sconoscere gli antichi ed i moderni pagani, ma che il cristiano rispetterà non altrimenti di parti dell'intero ordine di vita e di diritto. Tal relazione di ogni diritto con Dio e colla legge della vita, si manifesta praticamente in due modi. Da prima è forza che ogni diritto, quantunque in riguardo alla umana libertà sia nulla più di un'abilitazione o facoltà soggettiva, lo si consideri come un'ufficio imposto da Dio, a cui deve rispondere ogni persona liberamente sì, ma a cui sarebbe essa pure tenuta e innanzi a Dio, ed avanti a sè stessa, quand'anco non vi avesse ed essere esterna responsabilità. E da questo supremo concetto

oggettivo del diritto immediatamente scende, essere concesso qualsivoglia diritto all'adempimento di alcuni *doveri*, e che ogni diritto non può andar disgiunto da obblighi. In tal guisa esercitano i genitori verso i figli con diritti e doveri speciali, un ministero loro affidato dalla divinità; e così pure si presenta il proprietario e possessore per tale che amministri un bene conferitogli da Dio, all'intento che ne usi per sè, e compia le obbligazioni che gli corrono verso gli altri. Non altrimenti che presso molti altri popoli, appo gli antichissimi Germani rapportavasi l'origine della proprietà fondiaria ad una divina concessione, e precisamente al sole (colla qual veduta si collega il posterior feudo solare). Del resto poi convien tenere per fermo che nella proprietà fondiaria tedesca, spontanea si conservasse predominante l'idea di un'ufficio cui conviene adempiere dal possessore e per sè e per la propria famiglia; il che è dato pure riscontrare nel fedecommissato di famiglia germanico (ben distinto dalla sostituzione fedecommissaria dei Romani) che meglio appartiene al diritto reale, di quello che all'ereditaria non spetta (1). Anche lo stesso impero, considerato nel suo più elevato aspetto, gli era un'ufficio concesso da Dio, pel cui retto esercizio, l'imperatore stesso potea venir chiamato a rispondere innanzi al giudizio dei principi. A questo supremo concetto obiettivo del diritto, cui la filosofia etica giuridica è chiamata a novellamente lumeggiare, conviene si ispirino eziandio i tempi nostri. Nello stesso diritto privato nel quale fa mestieri che prevalga il momento subiettivo della libertà, riscontransi parecchie limitazioni le quali occorrono tanto più ove un'abuso valutabile allo esterno si ritrovi in opposizione ad un'interesse sociale. Invece nel diritto pubblico fa d'uopo si consideri ciascun diritto siccome una *funzione*, un'ufficio, collegato con giuridiche obbligazioni; ed ogni diritto politico spettante ad una persona devonsi avere per un ministero acconsentitole secondo la dignità sua, ed all'intento della pubblica utilità. Di tal guisa il diritto di essere elettore, giurato ecc. non è solo un'abilitazione politica, ma eziandio una obbligazione, e lo stesso eccelso ufficio del sovrano, quantunque per le attuali giuridiche teoriche di stato non ammetta veruna responsabilità, convien pure averlo in conto del complesso e delle abilitazioni e degli obblighi i quali debbano al postutto essere sancito dalla coscienza morale.

8. Dal principio a cui si informa il diritto tedesco, cioè dell'intima ed organata comunanza di vita, ne viene pure l'importante precetto giuridico che vuole, nelle determinazioni di ciascun rapporto di diritto si abbia sommo riguardo alle altre relazioni che di tal guisa si vengono toccando. E qui pure ne occorre siccome una perfetta contrapposizione il diritto romano come quello che essenzialmente è incurvole d'ogni ma-

(1) Ciò avverte anco Gerber nel suo distinto trattato del fedecommissato tedesco di famiglia, che leggesi negli annali per la dogmatica del diritto; v. 1, pag. 52.

niera di riguardo, sendo che qualsivoglia principio, qualunque maniera di massime giuridiche, si considerino per esso isolati tanto in sè, che nelle conseguenze loro. All'incontro nel sistema germanico il diritto ordina i rapporti non solo regolandoli sopra la propria di lui natura, ma soggiandoli sulle norme ed il tipo del supremo ordine divino naturale e morale delle cose. In questo ordine avvi un'intima unione tra i principii giuridici ed i rapporti della vita. Nell'ordine sociale vivono tutti gli uomini l'uno a giovamento dell'altro, niuno avviene che non sia parte di un tutto, quindi trovansi collegati organicamente tra di loro, e posti in armonia allo insieme. Siffatta vicendevoles influenza manifestasi nel modo con cui viensi determinando e modificando un rapporto in guisa che armoneggi con tutti gli altri che hanno con esso qualche punto di contatto. Tale principio spiegasi doppiamente: e pel rispetto che il diritto ha per gli altri fattori della vita, e specialmente pei morali: e per la immanenza di ogni rapporto negli altri affini, onde ne viene una comunione delle nature loro, sì che si determinino e influenzino a vicenda. Di tal guisa la consanguineità designa nel diritto tedesco una vasta sfera di operosità, e si manifesta quindi nelle relazioni morali e giuridiche, nel diritto di parentela, nel consiglio di famiglia e così via; ed anco il diritto sui beni di famiglie trovasi determinato con riguardo alla discendenza. Non altrimenti offresi il principio del rispetto circa la proprietà e specialmente per la fondiaria (1). Cotal cosa vien regolata in armonia allo svariato rispetto in che tiensi la famiglia complessiva, la vicinanza, il comune e lo stato; e nerò che la proprietà fondiaria sia un pubblico rapporto, così serbossi la pubblicità anco nelle traslazioni di quella. All'incontro nel diritto sulle cose mobili si palesa una maggiore osservanza de' commerciali rapporti, per il principio: la mano deve difendere la mano. Nel diritto sulle obbligazioni, la pretesa trovasi assunta non già astrattamente in sè, ma eziandio in relazione alla possibilità del legame, in guisa che nel diritto tedesco non fa d'uopo smembrare un contratto bilaterale in due speciali stipulazioni il che vien pure abbracciato talvolta dalla teoria

(1) *Sundhaas*, che nei suoi fondamentali « trattati germanici » 1882 lusinggiava parecchi profondi principii del diritto tedesco, opina anco alla pag. 19, trovarsi nel diritto tedesco, sulle cose la idea che « si avesse a concedere le condizioni reali per una sussistenza ragionevole, non ad una parte sola de' sudditi di uno stato, come forse esclusivamente agli attuali possessori; ma bensì a tutti i membri della riunione giuridica, ed in specialità anco alla generazione futura ». Ed esso autore avvisa pure « che quella completa oncuranza dei coetanei e de' posteri, all'interesse del presente proprietario, così come trovasi nel diritto romano, sia sommamente dannosa, per il che conclude cot' far giustamente emergere: « limitare per vero il diritto tedesco le facoltà dell'individuo, ma non toglierle in verun caso, sendo che per esso non si rispetti meno l'indipendenza individuale, di quelle che si abbia cura della utilità della massa ».

pel diritto romano. Un medesimo contratto accorda agevolmente de' beneficii per terze persone, ferma promesse in favore altrui, stabilisce trapassi ad un altro non contraente. Appunto pei riguardi generali e speciali emananti da identici rapporti, offronsi nel diritto tedesco parecchie obbligazioni legali determinate da condizioni o rapporti obbiettivi. Da siffatto principio del rispetto emerge il giuridico concetto organico alemanno; avvegnacchè sendo il diritto un coordinamento di rapporti della vita condizionantisi, così convien ch'esso proceda con somma delicatezza nel disegnare i confini de' rapporti che trovansi a contatto; onde avviene che quanto più intimamente serberannosi i rapporti umani della vita, tanto più i riguardi per essi saranno intimi e svariati. Il diritto tedesco non s'appose sempre ed aggravò per non poche restrizioni cui invano ci sforzeremmo legittimare; ma il principio stesso da cui movea gli è giusto, e permette soltanto il vero apprezzamento di essi rapporti della vita.

9. Il diritto tedesco studia eziandio la essenza d'ogni istituzione giuridica di qualche momento, nonchè dei rapporti in questa riposti, e però approfondisce meglio la relazione tra *essenza* e *forma*. Avvegnacchè tenda lo spirito germanico a scrutare l'interno, il profondo, l'idea d'una cosa, mentre da ciò ne vien nocumento alla esterna conformazione, così quel sistema si volge più immediatamente alla natura delle cose. Codesto emerge dall'intima colleganza dell'ordine naturale e morale del creato. Del resto gli è evidentissimo come la essenza la si possa più completamente conoscere, studiandola in tutte le essenziali relazioni. La è questa una conseguenza del genio spirituale alemanno che sempre vagheggia il tutto, e si manifesta sviluppando completa la serie dei concetti. Il diritto tedesco fin ne' principii suoi per tale sua tendenza ad abbracciare completamente lo insieme, è posto al sicuro di fuorviare come avvenne del diritto romano, il quale a motivo delle sue vedute fondamentali in sè stesse esclusive e limitate, determina pressochè sempre in modo astratto con acutezza e simulata precisione un rapporto verso un lato più saliente, ponendosi però in non pochi casi in contrasto col sentimento e coscienza naturale, e cerca quindi mediante ambagi, eccezioni, false analogie (quasi-contratti, quasi-delitti) e finzioni, di rimuovere le conseguenze esclusive e limitate, per ristabilire il giusto procedimento. Come trattasi della famiglia, il sistema tedesco non ammette verun rapporto artificiale di agnazione e di appartenenza fondato sul principio della podestà. Gli è quindi che per esso non fa mestieri nel diritto ereditario nè la *bonorum possessio* basantesi sulla finzione; nè come trattasi dell'immediata ammissione dell'erede all'eredità, la finzione dell'*hereditas quæ personæ vice fungitur*. Esso sistema deduce a sufficienza dalla natura della comunione umana, l'idea della assistenza giuridica, ed il frammischiarli d'una persona in una bisogna per beneficio altrui, senza che perciò sia astretto

a porre il disimpegno degli affari altrui senza mandato, nella categoria di un quasi contratto, e così di seguitò. Il sistema tedesco gli è quindi in generale un diritto eminentemente naturale, e precisamente un diritto che afferra le cose immediatamente, e tale che determina sè stesso appunto secondo i rapporti. — Indi si porge spiegazione del come, sendo preposta la *natura alla forma*, questa si avvisi per subordinata. Circa la forma però occorrono molti vantaggi, ma ad un tempo anco non pochi vizi. Non è del resto a dirsi che il diritto tedesco sia del tutto incurvole e privo di forme. Ove queste si trovano di molta importanza, vale a dire nella istituzione d'un rapporto giuridico, come per assicurarlo ed apprezzarlo, desso è più tenero delle forme di quel che non sia il diritto romano, quantunque ignori distinzioni formali, non fondate nella natura della cosa, e che avversi il confondere il proprio spirito al genio romano: ma tuttavia non venne mai limitato o soffocato il diritto in verun augusto sistema d'azione. Il diritto canonico che in svariati punti modellò sul sistema germanico, mitigava il *rigor juris civilis*, rigore cui lo spirito germanico non ammise nemmeno come s'ebbe ad adottare il sistema romano. Quello però che è a desiderarsi nel diritto tedesco, si è lo svolgimento formale dei principii e dalle istituzioni giuridiche. E gran beneficio di sapienza può quivi trarsi dalla più profonda investigazione delle fonti giuridiche del medio evo; ma siccome il diritto romano venne a rimuovere molti vizi in tale argomento, così se lo si studii daddovero, se ne trarrà sommo vantaggio per lo sviluppo e miglioramento di siffatto senso formale.

10. Come trattasi delle cose, si scorge non avere il diritto germanico sviluppato praticamente verun diritto astratto sui beni. In tale argomento sul diritto romano vedesi l'egoismo e l'avidità romana tiranneggiare tutti gli altri rapporti. Lo spirito germanico all'incontro subordinava mai sempre i beni alla persona, e ad essa li faceva servi. Ond'è che le sostanze vengono regolate nel sistema tedesco svariatamente, in modo che rispondano alle varie classi sociali delle persone, dello stato e delle tendenze; e per l'intimo collegamento colla persona, il diritto tedesco ha riguardo eziandio a tutti i rapporti morali e personali, anco come gli è il caso di regolare gli averi.

11. Conviene avvertire ancora come nel diritto tedesco non si manifesti l'astratto isolamento del diritto privato e pubblico. In esso sistema si studiano partitamente gli individui, le famiglie, la corporazione, il comune in tutte le loro pubbliche relazioni; e in tal guisa si declina dalla consueta divisione di diritto pubblico e privato, come quella che sendo prettamente formale, non esaurisce in veruna guisa la natura delle relazioni, avvegnachè sia forza considerare qualsivoglia personalità fisica e morale in tutti gli essenziali rapporti personali e reali secondo l'aspetto privato e pubblico giuridico. Il diritto romano declinò sempre più dalla

pubblicità, che in origine gli era inerte, e tale deviazione avvenne pel predominio dell'egoismo privato continuamente esaltantesi; laddove nel sistema germanico quel beneficio ebbe a rassodarsi di continuo. Le famiglie, gli stati, le corporazioni le erano pur tutte costituite dal diritto pubblico; ed anche nella proprietà fondiaria si propugnò e prevalse il principio della pubblicità, sovra di che si crese il sistema ipotecario che di tal guisa rispose perfettamente al proprio scopo. Il diritto romano invece, malgrado i più vigorosi conati di miglioramento, non potè scerbare esente da pericoli il proprio sistema delle ipoteche per difetto dello spirito di pubblicità. La è tal forza cui ne spetta conservare e propugnare anco pel diritto privato, in guisa che esso pure il diritto pubblico possa intrecciarsi al privato, sì per tutela che per limite, come pure all'intento di ristabilire l'equilibrio nell'interesse dei privati ed in quello comune.

12. In siffatti caratteri fondamentali trovasi ora manifesto quanto può dirsi « la natura della cosa » a cui si volse direttamente il diritto tedesco, e la quale dopo *Runde* venne in principal modo tenuta dai germaneschi giuristi per un principio direttivo del metodo sovraesposto. Tuttavia convien pur confessare come da tal vago ed ondeggiante concetto non sia posta alcuna salda regola; ed onde illustrare tal frase in guisa che offra una nozione determinata ed armoneggiante collo spirito del diritto tedesco, e ad un tempo si possa usare alla spiegazione di un rapporto od istituzione, fa mestieri rappresentarci tutti i momenti ora accennati, vale a dire i tratti caratteristici del diritto tedesco, e quindi svilupparli con giuridico e filosofico metodo.

Glì è da codesti principii fondamentali pel diritto tedesco, comunque brevemente esposto, che si fa emergere anco l'importanza di esso sistema, allo intento di riescire ad una completa scienza giuridica. Purchè non si confonda il diritto germanico con quelle istituzioni alemanne, delle quali molte sopravvissero alle altre, e che sciuparono la loro energia vivendo; ma si brami invece studiare quel sistema ne' principii suoi, cui è dato ritrovare in esse istituzioni che di per sé arrestano però od impastoiano il movimento vitale; in tal caso si manifesterebbe il diritto tedesco per un diritto naturale, intimamente collegato alla vera filosofia giuridica, e perciò molto acconcio a destare lo spontaneo e retto senso del diritto, ad ispirare venerazione per l'ordine naturale e morale delle cose, e finalmente a propugnare e diffondere la credenza essere bensì il diritto uno scopo della libertà umana, ma ad un tempo un riflesso dell'ordine obbiettivo divino dei rapporti della vita, i quali perciò esser forza studiare e porre in ordine con somma sapienza, non pretermettendo lato veruno. E bensì certo essere stato il diritto romano in Germania di molto aiuto come sopra vedemmo allo sviluppo giuridico, ma avvegnachè il suo concepimento giuridico faccia astrazione dall'ordine etico della vita e consideri solo il soggetto ed il di lui arbitrio; così fomentò ovunque

una tendenza astratta della vita e del volere, iniziò il gagliardo individuale smembramento dei rapporti della vita, i quali trovano in questo diritto le migliori armi, spese il retto senso giuridico coll'egoismo che lo invade, e di più ogni volta che non viene infrenato da uno studio fondamentale giuridico filosofico, paralizza l'animo della gioventù e la rende inetta a concepire ogni somma idea giuridica. Ond'è potere il diritto tedesco, quando non va smarrito per entro il labirinto della storia, ma lorchè lo si afferra nei suoi fecondissimi principii, correggere in parte la tendenza romana e romanesca, e in intimo collegamento con una filosofia giuridica a lui più aconcia, porgere una sicura base ad una novella legislazione in Germania.

In siffatta breve esposizione de' salienti caratteri proprii alla materia che andiamo studiando, non ci fu concesso accennare se non alle più importanti particolarità del diritto tedesco, ed esporre come dal romano essenzialmente differisca. Ma nel raffronto di siffatti due sistemi convien badare a non cader nell'erronea opinione, che dessi partano da principii diametralmente opposti; nè, illusi da qualche rassomiglianza, affermare non esservi fra essi differenza di sorta (1). Il diritto romano ed il tedesco sono diritti di due stirpi di popoli arii valorose e congiunte per antichissima parentela, le quali nella loro più remota condizione manifestano parecchie vedute ed istituzioni giuridiche comuni (libera tendenza, nobile vita di famiglia, diritto di successione intestata, prevalenza della pubblicità nel diritto, e così via). Quindi anch'essa la vita romana, sulle prime ristretta in angusti confini, coll'estendersi della nazione, e collo svolgimento dell'accostumatezza, ruppe parecchie viete forme inceppanti ed eziandio altre limitazioni nella vita giuridica, allargò l'orizzonte di sue vedute, ed ebbe a riunire intimamente tra loro i momenti morali. Tuttavia il diritto germanico trovasi in altezza e dignità superiore. Desso presenta un pari svolgimento tra i gradi dello sviluppo giuridico, e quello dei popoli. Siccome le precipue schiatte di popoli, quantunque costituiscano un solo genere umano e manifestino lo stesso

(1) A tale errore appoggia la recente opera di *Francesco de-Hahn*: « L'accordo materiale dei principii di diritto romano e germanico » 1886, opera che per l'esposizione di molti punti simili può condurre ad eliminare la contrapposizione dei due sistemi, ma che è ben lungi dall'aver sciolto il vero quesito che riguarda non la sola uguaglianza, nè il contrasto, ma solo il principio della *differenza*. Senza approfondire il principio del diritto in sé stesso, e de' suoi più importanti momenti, non si riuscirà giammai a cogliere un regolo d'apporsi per confronto e giudizio ai principii di diritto romano e germanico. L'opera citata di *Röder*, della quale fa menzione uno dei più distinti giurisperiti e pratici *H. Brnemann* « lo sviluppo giuridico in Germania ed il di lui avvenire » 1886, nè porgea sovra tale argomento il cenno più essenziale.

tipo fondamentale si fisico che spirituale dell'uomo, e formino pur sempre una sola razza da quella de' visi lunghi detta dei neri, passando per l'altra de' volti larghi detta dei mongoli, a quella degli ovali cioè de' caucasei); tuttavia offrono fra gli stessi popoli spettanti ad un ceppo principale varie gradazioni; così hannovi manifestazioni di vita più nobile, e per tal cosa si il diritto romano che tedesco porgono parecchi gradi di cultura tanto della vita che del diritto, gradi foggiali sul genio speciale del popolo. Senza seconoscere l'abilità del popolo romano, si può affermare che il genio germanico porse più ricca dote di spirito e di cuore, riuniti in varie guise il senso artistico, e scientifico dello spirito greco, per il che furono le stirpi germaniche per divino volere chiamate a ringiovanire la vita europea, fondendosi in parte con altri popoli ed occupando un posto luminoso nella storia universale, ed assimilandosi poscia la cultura greca e romana per consolidare la propria. E le razze germaniche manifestarono fin dall'origine anco nella vita giuridica una vasta veduta, che nella sintesi tien conto di tutte le essenziali relazioni, traseurando è vero più spiate la fina analisi dell'intelligenza romana, come ebbe ad esserne incolpata, ma che in quella vece ebbe ad ampliare i confini della forma giuridica della vita e a trattare molti rapporti giuridici senza ambagi e meglio in rispondenza al loro oggetto. Per il che ben si vede non essere la differenza tra i due sistemi riposta in brusche contrapposizioni, ma solo nel *prevalere* di certe tendenze presso il diritto tedesco, che però non maneano completamente nel sistema romano, onde non si ritrova di diverso se non il *rapporto*, la *proporzione* nello insieme degli elementi giuridici, dal quale emana la giuridica maniera della vita. Così p. e. è tutto differente il rapporto del diritto privato verso il pubblico; ugualmente diversa seorgesi la situazione del diritto di successione ab intestato in rapporto alla testamentaria; la fedeltà esprime un significato ben più profondo che non la *bona fides* romana. Il giurista convien quindi che nella distinzione dei varii diritti nazionali, proceda non altrimenti del fisiologo, il quale distingue le razze ed i popoli anche secondo le diverse proporzioni della forma (specialmente del capo). Importantissimo il diritto tedesco è dissimile dal romano in tutto lo insieme non per accidentali aspetti, ma per le particolarità del genio popolare, e se ebbe ad assimilarsi in parte quel diritto, no l' fece che modificandolo essenzialmente. Del resto siccome la vita tedesca progredì mercè la riforma e le larghezze concesse ai rapporti della vita e del traffico, così presentasi vicino il tempo nel quale lo spirito germanico, abbattute le viete istituzioni ed i rancidi rapporti, inizierà e indi svolgerà una legislazione giuridica una e rispondente alle esigenze de' tempi che corrono.

§ 2. Sulla necessità di una nuova legislazione civile (codificazione) (1).

La era cosa degna di *Leibnitz*, del più simpatico pensatore tedesco, illustre ed originale tanto nella filosofia quanto nelle scienze positive, quella di offrire pel primo il piano d'una legislazione tedesca unitiva (2). Ciò che lo stesso *Leibnitz* non compiva, fu condotto a termine dietro la luce de' suoi principii giuridici filosofici perfezionati da *Wolff* e da altri. Veruna filosofia non ebbe ad essere maggiormente diffusa in Europa, della *leibnitz-wolffiana*, e per vero niuna fu di tanto accoglimento più meritevole di essa che deve celebrarsi per lo spirito etico, nobile ed umanitario ond'è animata. Tale filosofia giuridica trovò tanto favore presso i più celebri giurisperiti pratici del secolo XVIII, da indurli a tenere il « diritto naturale » — di cui però ignoravano la vera missione ed i confini — per la fonte più copiosa che servir dovesse alla compilazione d'un novello codice. Sotto l'influenza di questa filosofia giuridica vennero scritti il diritto territoriale prussiano, il codice civile universale austriaco, ed in parte anco il codice francese. Scosso il giogo del dominio straniero s'accese fra i due più cospicui maestri di diritto, *Thibaut* e *de-Savigny*, la nota quistione circa un codice civile tedesco universale.

(1) Intorno a tale argomento vedesi *Thibaut*: « sulla necessità di un diritto universale per la Germania » 1814; offervisi anco *Savigny*: « sulla missione de' tempi nostri in quanto spetta alla legislazione » 1814; degli scritti moderni (di cui moltissimi per la codificazione escono nel 1848, specialmente quelli di *Geib*, *Heimbach* e d'altri), *Sintenis* » intorno la questione sui codici civili » 1855 (uno scritto in cui, nell'occasione che da altri pubblicavasi il progetto di un codice civile per la Sassonia, l'autore all'intento di dissuadere da qualunque maniera di codificazione, allude eziandio alle controversie insorte in occasione dei moderni codici. Per essa opera si può dire allo scrittore, qualora gli si facciano vedere le innumerevoli controversie specificate nel suo pratico diritto civile comune, che egli vede la pagliuzza nell'occhio altrui, e non avverte la trave nel proprio; e di ciò tanto più si potrebbe appuntare l'autore, in quantochè i progetti da lui presentati onde migliorare la condizione del diritto, come (p. 161) è a dirsi circa la compilazione di un « manuale » posto sotto l'autorità del governo dello stato, nonchè della « decisione legale delle controversie » sono progetti che presentano tutti gli svantaggi d'una legislazione senza i benefici, e specialmente il primo potrebbe essere efficacissimo a paralizzare la scienza). Per la codificazione veggasi *V. Bornemann* « lo sviluppo del diritto in Germania ed il suo avvenire, con speciale riguardo alla Prussia » 1856 (lavoro che contiene eziandio dei progetti pratici).

(2) Vedi gli scritti di *Leibnitz* riguardanti la riforma della giurisprudenza, in *Leibnitzii opera omnia* ed. *Dutens* tom. IV. Il corpus juris non doveva avere più forza di legge, ma solo avrebbe porte sussidio di ragione, oppure

La temporanea vittoria dell'opinione di Savigny (1) veniva giustificata dalla natura de' tempi i quali per le vertigini dei principii e delle costituzioni politiche volgeansi ad uno svolgimento storico progressivo. Devesi però avvertire che appunto il più cospicuo fondatore della scuola storica, che ha pure il vanto d'avere pel primo lungeggiato l'intimo legame corrente tra il diritto e le storiche condizioni della vita d'un popolo, sconsigliò senza più in tale argomento l'importante esigenza della popolarità d'un diritto. Siffatta contraddizione dovea eliminarsi al pensiero che il diritto non venne accolto nella sua integrità, ma che assimilato dal popolo tedesco, si fe' egli stesso un diritto germanico; pure non si volle riconoscere negli alemanni il più alto grado di assimilazione. né l'ulterior forza creatrice, che pur si manifesta con chiara coscienza di sè stessa in una legislazione. Un supremo divisamento conduce però spesso fiate dei motivi e delle opinioni individuali ad incarnare un diverso scopo, con mutazione dell'oggetto. Così al presentarsi di Savigny venne deciso non avesse a servire il diritto romano ad una codificazione tedesca, e però fu allora salvata la Germania dal pericolo del romaneggiare il proprio diritto in una codificazione. Ed in vero a quei tempi, dopo che si era pretermessa la miscela dell'*usus modernus*, il diritto romano dominava quasi esclusivamente nella scienza. Lo studio del diritto tedesco, malgrado parecchie opere di merito (Runde), trovavasi negletto di

per tenere il linguaggio dei francesi, avrebbe serbata la forza del gran maestro, l. c. p. 269: *futeor optandum esse, ut veterum legum corpus apud nos vim legis, sed rationis et, ut Galli loquuntur, magui doctoris, et ex illis aliisque patris etiam juris, usuque praesenti, sed imprimis ex evidenti aequitate novus quidem codex brevis, clarus, sufficiens, auctoritate publica concinnetur*. Malgrado i tanti elogi che Leibnitz tributa al diritto romano, non sconsiglia però egli in verun modo i molli di lui difetti, come vedesi nella sua *Ratio corporis juris reconcinandi*, l. c. tom. IV, 235-32, e dall'epistola *ad amicum de navis et emendatione jurisprudentiae rom.*; l. c. p. 270-233.

(1) Però il giudizio recato da Thibaut sui difetti del diritto romano riesce appoggiato a saldi motivi. Anco in un altro scritto « Archivio per la pratica civile » vol. 21, fog. 5, egli dice: « La è cosa notissima non rispondere del tutto il diritto di Giustiniano nella sua parte pratica, al nostro carattere ed ai nostri bisogni. Esso presenta deplorandi rapporti di parentela e di matrimonio, meschina tutela legittima, proprietà storpia e senza base, sistema ipotecario che distrugge qualsivoglia sicurezza, diritto di successione avente conseguenze che ripugnano ai principii di natura, sovraccaricato di sottigliezze e di errori, diritto sugli obblighi troppo severi, nonche l'importante teorica del possesso e della prescrizione incompleta. I difetti del sistema giustiniano furono conosciuti anco da Leibnitz. Egli ammira di certo il sottile accorgimento dei classici giurisperiti, ma lamenta il produrre ch'esso fa vizii risultanti, a motivo di cattive basi positive. E come in seguito gli altri imperatori il tutto (?) non guastarono? In verità che ne occorre molla pazienza, a sopportare anco attualmente i pedanti i quali trattano tutto quanto sa di Romano, come verità da eternarsi. »

molto; in oltre il formalismo della filosofia giuridica di Kant, signoreggiava il diritto romano, come ne porgon viva testimonianza le pandette di Thibaut. In tal guisa sarebbesi assicurato in una codificazione il predominio del concetto romano e del formalismo. Ma poscia lo stato della scienza assunse ben diverse forme, e preparò migliori vedute per l'avvenire. Imperlantò non solo il diritto romano venne studiato a preferenza nella sua intima natura, onde perciò 'emerse con' esso differisse dal diritto tedesco; ma anco la scienza germanica del diritto venne in favore cominciando dai tempi di *Eichhorn*, e indi sempre più avvantaggiò. La filosofia del diritto come tale venne quindi negletta, e la si appuntò di molti errori di che fu macchiata da giuristi meramente romaneschi che ignoranti dei supremi principii filosofici, condussero il diritto naturale ad un meschino estratto del diritto romano. Tuttavia però essa ricomparve sotto novelle forme nel diritto positivo. Lo stesso Savigny non senza lasciarsi muovere dalle teoriche di Schelling, ed in opposizione al concetto formale, avea fatto emergere la natura organica, nonchè il processo del diritto, congiungendolo per stretta relazione con tutti i rapporti della vita. Di tal guisa venne per esso propugnata una novella veduta filosofica, e serbata più libertà — il che non fecero i suoi molli seguaci — nella trattazione del diritto romano, come in vero dichiarava molte finzioni e limiti di tal diritto non acconci per nulla alla nostra vita giuridica. In oltre mercè lo studio del diritto tedesco si ebbe a mantenere vivo il miglior spirito giuridico filosofico, avvegnachè quel diritto, come già largamente mostrammo s'accorda moltissimo con una filosofia etica del diritto (1); e presentemente sentesi in generale dai pensatori giuristi, novellamente il bisogno di una più profonda filosofia del diritto.

Del resto ora dobbiamo pur chiedere qual pratica utilità germinasse da questo slancio della scienza del diritto, e specialmente del romano, e qual frutto se ne avesse nei 40 anni ultimamente corsi. Si soddisface forse alla necessità d'una nuova legislazione, vi si rispose in qualche guisa, oppure tal bisogno non si rese egli più stringente ed universale? Sarebbe poi inutil cosa di ricercare novelle teoriche, o le conosciute discorrere: sovra tale argomento si fecero di troppe parole, e solo i fatti hanno ad avere per decisivi. Ed attualmente lo stato del diritto pratico, nonchè la statistica delle controversie insorte in tutti gli stati del diritto comune, non porgono la sicura testimonianza, che il primo bisogno formale della sicurezza giuridica, la quale in molte quistioni è di molto maggior valore di quel che non sieno le disposizioni materiali di diritto, non venne per niun modo appagato pel perfezionamento della scienza, e

(1) Anche *Löher* loco cit. in parecchi punti accennò alla stretta affinità del diritto tedesco, colla filosofia del diritto.

per una più grande concordanza nella *opinio doctorum*, come *Savigny* ne aveva fatto sperare; ma che invece una tale esigenza si fece più gagliarda ed ingenerò un profondo malcontento e giuste lagnanze in Germania (1), così che al presente convenga pensare daddovero al rimedio. Che s'anco si dovesse pur vagheggiare ancora la credenza, dover partire l'unica salvezza della scienza civile dalla angusta cerchia dei dotti, tuttavia essi dotti dovrebbero pur metter mano a novelle e acconcie leggi. Ed in vero parecchi governi ebbero pur giusta la brama di progetti d'un codice civile che debba togliere la confusione giuridica (l'Assia, la Sassonia e la Baviera (2)), ed anco i più addottrinati Romaneggianti affrettano in lor desiderio il momento in cui debba cessare di avere forza di legge il diritto romano. Tutti quelli che serbarono integra la veduta della viltà del diritto non pongono più in dubbio se debba aver luogo la codificazione ma invece disputano del *modo* onde condurla a termine. E le difficoltà non sono lievi, chè incontransi ad ogni piè sospinto, e come trattasi della maniera di esporre il diritto tedesco quando lo si vuole segregare dal romano, e come è il caso di fermare i principii fondamentali, di stabilire istituzioni ed il metodo: difficoltà rese maggiori anco dal trascurato studio di una profonda filosofia del diritto, senza la quale le più importanti nozioni giuridiche e le istituzioni non lasciarsi determinare con tutta quella severità che è necessaria (3). Circa i principii ed i limiti, sussisto

(1) Molte prove vengonci porle anco da *Nöllner*: I giuristi tedeschi ecc. 1854 » scritto il quale quantunque sia un libello superficiale e violento contro la romanica giurisprudenza germanica, e contro tutti coloro che propugnano il sistema romano, avversando ogni tentativo di codificazione (p. 100), gli è ad un tempo la fisionomia dell'epoca nostra; e però d'esso fu in brevissimo tempo condotta a termine una seconda edizione, il che fa emergere quanto sia deplorabile lo stato giuridico in Germania.

(2) Confronta anco *Urndt*, rivista critica ecc. vol. 1, nonché gli scritti pubblicati da *Wächter*, *Unger*, *Beschorner* e da altri, sul progetto sassone.

(3) *Seuffert* distinlissimo giurista, membro della suprema corte di giustizia in Monaco, in un articolo inserito nell'appendice della Gazzetta universale d'Augusta 11 luglio 1853, ed in altri lavori, movendo dal punto di vista pratico espone lo stato attuale delle cose ed il bisogno iudi nascente. E noi qui ne riportiamo alcuni passi principali: « Trentanove anni sono ormai trascorsi da quando *Savigny* pronunciò quelle parole. Ed ora è giunto il tempo in cui ne è forza adoprarsi allo scioglimento del quesito.... Dal 1814 in avanti si fece forse più pratica la teoria nostra, e la nostra pratica inspirossi alla scienza più che prima non facesse? » Dopochè *Seuffert* ebbe ad osservare che le 3 quarte parti delle decisioni ricevute nel suo archivio venivano porle dalle opere dottrinali degli ultimi 30 anni, lavori che sol di volo avvicinavansi alle particolarità, e come nell'ultima quarta parte ben scarso sia il numero delle decisioni nelle quali si scorgesse l'influenza delle nuove scienze e del metodo nuovo, prosegue esso: « In particolar guisa non ebbesi ad appagar mai la speranza che molta parte delle controversie che

però generalmente la giusta opinione doversi tra il diritto territoriale prussiano, troppo teorico, e l'austriaco, soverchiamente conciso, battere una via di mezzo che s'accosti maggiormente a quest'ultimo. Ma ne sparisce quasi del tutto la speranza di un codice civile comune, avvegnachè parecchi singoli stati prendono l'iniziativa in guisa che secondo l'andazzo alemanno particolareggiatore, si andranno formando di molti diritti privati. Tuttavia malgrado le inconvenienze che un tal procedere è per recare alla scienza ed alla pratica, ne conviene salutarlo come principio ad opere migliori, poichè ne è concesso sperare che i circoli speciali mercè il riunirsi degli altri stati, come è a dire per la lega doganale, dilateranno formando di tal guisa una sfera sola più vasta. Si badi però doversi staccare già sulle prime dal diritto generale tutti i diritti speciali, carenti per lo più i rapporti di vita, sui quali il diritto romano ben poco influì fin dai tempi remoti, e che vieppiù resi perfetti dalla moderna vita commerciale, hanno urgente bisogno di un coordinamento di legge universale. Al presente avvi in tutti gli stati federali della Ger-

anche adesso si agitano, venisse composta mercè gli sforzi della scienza perfezionantesi, e specialmente per i conquisti del metodo storico; e ben vedemmo esser lungi dal vero l'asserzione di Savigny che pretendeva, una sola fra le diverse opinioni sovra un punto, essere presso di noi accolta come fondata ». — « L'archivio non mostra tuttavia la diversità che mediante la sola risposta di diritto comune; che se togliamo a considerare anco le determinazioni basantisi su quanto dispone il diritto particolare, in tal caso occorre anco più grande il difetto delle condizioni di diritto civile nella Germania. E più sentesi il danno comune veniente dalla diversità delle vigenti norme di diritto civile, ed in vero si allarga maggiormente, a misura che si agevola il commercio tra dominii regolati da leggi diverse. Qual mirabile riforma e progresso non si ravvisa in siffatte relazioni, se raffrontasi il presente, col tempo in cui Savigny scrisse della vocazione ecc.? In quell'età non si presentava per anco di dover compiere una novella legislazione la quale accogliesse anco l'Austria e la Prussia, od almeno solo quest'ultima. Del resto nel paese in cui ha forza il diritto comune, si venne nella ferma credenza doversi abbandonare la speranza che la sola scienza giuridica valga ad introdurre condizioni favorevoli, nè potersi attendere salvezza tranne dal tentativo di una completa legislazione civile. Che se si volesse tenere dipendere tale aiuto da molte legislazioni parziali, com'è il caso nel diritto e nella procedura civile, in tal caso non si riuscirebbe se non a moltiplicare gli ostacoli ad una successiva legislazione federale, per il che non converrebbe affrettar di troppo la grande intrapresa, ma provvisoriamente accontentarsi con piccole riforme e con sentenze parziali (come lo ebbe a consigliare anco Savigny). Piuttosto si volgerebbe a quanto ebbesi ad esprimere in questi stessi fogli: il fatto causato dalla esigenza universale, ed incarnato con molto plauso in uno degli stati, sia per trascinare gli altri a collegarsi onde por mano alla riunione del diritto civile. Io per me non posso rinunciare alla credenza in che ho piena fede, debbano cioè riescire fruttuosi i consigli del comune vantaggio, nè mi so trattenere dal dire: Affrettatevi all'opera di utilità universale, e vi studiate a compierla validamente colle migliori forze!! »

mania un diritto cambiario comune: a ciò si congiunge il bisogno di un diritto commerciale comune, mentre il diritto industriale privato comprendente il diritto della produzione primitiva (diritto agrario e montanistico ecc.), specialmente il diritto de' mestieri tecnici sviluppato di molto, conviene che prima si regoli dai maggiori stati industriali. Sembra doversi ancor molto tempo desiderare un diritto penale comune tedesco, sendo che in tal maniera meglio che in altre convien che un'etica profonda filosofia del diritto lumeggi le idee fondamentali ed in ispecialità determini lo scopo della pena, il quale debba servir di regola in tutto quanto è attinente al sistema punitivo, scopo cui il cristianesimo, l'umanità e la vera giustizia cercano migliorare, come in fatto scorgiamo volgere a compiezza maggiore il severo sistema penitenziario. Ma ovunque venga istituito un nuovo diritto di legge, sia desso universale o particolare, fa mestieri aver cura che non smetta di svilupparsi e migliorare nella pratica, il qual progressivo svolgimento può essere assicurato quando s'accordi alla suprema corte di giustizia, ovvero ad una corte comune una attività, come suolsi chiamare, quasi pretoria, specialmente per la decisione dei conflitti (1).

E però non è lecito seconoscere la necessità di una nuova legislazione tanto pel diritto universale, che per i diritti privati, e pronte e di facile uso sono le forze chiamate a concorrervi (2).

(1) Questo metodo di sviluppo parallelo alla legislazione viene raccomandato da Bornemann. Esso nella Prussia come nello stato che pel primo sorse contro il dominio del diritto romano, e che sciolse il comune vincolo giuridico, scorge la missione di precedere tutti gli altri stati nella costruzione di un novello e più completo nodo giuridico comune. Ed a tal moto potrebbe essere sospinta la Prussia dalla necessità di riformare il suo diritto territoriale; del resto siffatta opera bene organata anche nella Baviera o in Sassonia, oppure in entrambe, sarebbe ben presto la base ed il nucleo a più vasta unione.

(2) Io riterrei attissimo mezzo di collezione e corroboramento, quello di una ragunanza che si formasse di tratto in tratto, di tutti i giureconsulti tedeschi persuasi della necessità d'una codificazione, i quali convocati fe mossi all'occasione opportuna dalla autorità di stato, avessero a sottoporre la cosa a maturo esame sia dal lato della materia, sia della forma.

LIBRO TERZO.

IL SISTEMA DEL DIRITTO PRIVATO NEI SUOI RAMI FONDAMENTALI

COI PRINCIPI GIURIDICI FILOSOFICI DEL DIRITTO
POSITIVO, ALLO SCOPO DI CONCILIARE IL DIRITTO ROMANO
CON QUELLO TEDESCO DELL'ATTUALITÀ

INTRODUZIONE.

CONCETTO, SCOPO, DIVISIONE E METODO.

§ 1. *Concetto del diritto privato e scopo di questa esposizione.*

Già noi abbiamo indicato sufficientemente come il diritto privato differisca dal pubblico. Il diritto privato ed il pubblico non costituiscono, come s'ebbe a mostrare, una divisione delle materie, avvegnachè molte materie appartengano con varia direzione ed ambo le sfere (1), ma accennano solo a due distinti modi e tendenze della maniera di attuarsi. Il diritto privato gli è l'insieme delle norme giuridiche, secondo le quali ogni membro dello stato può regolare i proprii rapporti vitali assolutamente e per sè, e per que'scopi speciali a cui è volto. Fra i particolari membri dello stato non è già che si comprendan solo gli individui fisici, ma benanco le famiglie e le comunità, avvegnachè queste

(1) Ben più giusto è l'avviso di *Blume Enciclopedia ecc. Par. 2. p. 1.*, che non sia quello degli altri giuristi positivi; egli dice: « Diritto privato non è quello soltanto di cui il singolo uomo è esclusivamente suscettibile, ma eziandio quello che può spettare in pari modo allo stato ed alle persone private. Con ciò s'accconsente ad un tempo la sussistenza di molte dottrine ed istituzioni comunali, che penetrano in egual misura in ambo le sfere di diritto, dottrine ed istituzioni senza le quali non sarebbe dato far parola della vera unità d'ogni diritto. » *Blume* opina però « che siffatti principii comuni non si possano utilmente staccare dal gran tutto, ma doverlisi assegnare al diritto privato come alla sfera più sviluppata della scienza nostra,

pure si abbiano diritto privato (1). All'incontro il diritto pubblico gli è il complesso delle norme giuridiche, secondo le quali si dirigono i rapporti *reciproci* di tutti i membri e delle corporazioni tutte dell'ordine sociale, all'intento della *comunione* della vita e degli scopi, in modo che la libertà di tutti ne sia vincolata (2). Indi scende il concetto che s'accorda mirabilmente colla vita, per cui ogni persona fisica e morale, l'individuo, la famiglia, il comune, le speciali società e le consorterie, non escluso lo stesso stato, a misura vengono considerati isolatamente in sè, oppure in vicendevole azione di tutte le parti, trovansi nel primo aspetto in rapporti privati, e nel secondo in relazione pubblica giuridica. Da ciò emerge tutte le sfere del diritto privato, avere anco un lato pubblico giuridico; ed esse non ritrovansi altrimenti soltanto sotto la tutela del diritto pubblico; ma questo protegge eziandio mercè le proprie sanzioni in tutte le cerchie, gli interessi e scopi della comunità, al cui adempimento conviene cooperino tutte le singole persone (3). La scienza giuridica romanesca, secondo il carattere astratto del diritto privato romano, s'avvisò discernere per quanto le fosse dato tutte le relazioni pubbliche dal diritto privato, credendo con ciò di progredire e di andare innanzi

e farli precedere come già noti e sufficientemente appoggiati a solide basi. » Tuttavia la scienza giuridica sente la mancanza di una parte generale eminentemente filosofica, che svolga le basi comuni, ciò che è appunto il principal scopo della filosofia del diritto.

(1) Sul ramo importante di privato diritto che spetta al comune, V. *Reyscher*, nel periodico del diritto tedesco, XVI vol., 1. fas.

(2) Io non mi posso indurre ad avere per giusta e inconcussa l'opinione di *Bluntschli* (V. *Rivista Critica* ecc., 3 vol., 2 fasc., 1886), sulla famiglia e sul comune come illusioni di transizioni e conciliative tra il diritto pubblico ed il privato. L'individuo trovasi non altrimenti delle persone morali nei rapporti pubblici; il principio rimane il medesimo, solo l'applicazione la è diversa, e si modifica svariatamente secondo le qualità delle persone.

(3) Sulle antiche definizioni del diritto privato, V. *Unger*, « Sistema del diritto privato generale austriaco. » p. 1. ecc. *Unger* unilmente a *Thöl* nella introduzione al diritto privato § 44, definisce questo per « complesso delle massime giuridiche regolanti i rapporti giuridici delle persone private, cioè porgenti norma a quelle relazioni in cui ritrovansi le persone come soggetti (possessori) delle sostanze, e membri di famiglia. » L'insufficienza di siffatta definizione emerge dal nostro trattato. V. pure la opposta opinione di *Berger*, « Supplemento critico alla teoria del diritto privato generale austriaco » 1886. *Wächter*, « Manuale del diritto privato wurtemberghese » 1839, dubita fino della possibilità di porre un concetto positivo, per la qual cosa consiglia lo si debba definire solo negativamente, cioè per diritto che non è diritto di stato. Ma del resto la è appunto del tutto malagevole cosa definire, che sia diritto di stato (che è ben lungi dall'essere identico col diritto pubblico). In questa opinione di sì valente giurista, non si può non scorgere una prova, che nella via dell'astrazione e del completo isolamento d'ambo le sfere, non si riuscirà mai a veruna definizione che risponda alla vita.

al diritto tedesco, nel quale ambo le sfere in molti punti si intrecciano. Ma senza sconoscere la necessità di una debita distinzione nella vita e nella scienza, ed anco non velando gli errori in che incappò il diritto tedesco, convien però confessare essere giusto il principio di esso sistema, nè abbisognare se non d'uno svolgimento scientifico più profondo ed acuto. Impertanto convien riconoscere essere necessità dei tempi nostri, che novellamente si restringa in relazione il diritto privato coi pubblici rapporti, affinchè in tutte le sfere della vita venga ridesto e coltivato il sentimento della comunione, e della vita pubblica.

2. Scopo della presente esposizione gli è quello di trattare il diritto privato solo nelle sue branche fondamentali, svolgendo sopra tutto le *nozioni essenziali* di tutte le sue precipue materie, non senza accennare alle quistioni che vi si riferiscono; e di compiere un tal lavoro più tualmente che per altri fin qui non si facesse, porgendo una introduzione enciclopedica del diritto privato. Per raggiungere un tal fine partimmo da un triplice punto di vista. Ed a prima ne fa mestieri afferrare e svolgere ciascuna importante istituzione di diritto in *modo giuridico filosofico*, secondo la di lei interna natura, vale a dire in riguardo al fine a cui è destinata nella vita umana. Perciò mercè il fondamento giuridico filosofico, il concetto finale, la idea teleologica, acquista nella scienza del diritto un'applicazione pratica, che non s'ebbe fin'ora. Ma lo svolgimento giuridico filosofico non deve stringersi solo ad un formalismo, ma volgere, e questo gli è il secondo punto di vista, mai sempre al diritto positivo comune. E questo a cui s'attengono di continuo nel loro perfezionamento i moderni codici, gli è il diritto romano e tedesco. I quali però non devonsi esporre solo in unità esteriore, così com'essi ebbersi a confondere nella vita. Ma per quanto sia vantaggioso siffatto intendimento (1) già incominciato e da condursi a maggior grandezza, desso non può essere lo scopo che ci prefiggiamo all'opera nostra di troppo limitata. In essa è nostro proposto stabilire soltanto idee fondamentali giuridiche filosofiche, e in armonia loro apprezzare i concetti delle precipue materie del diritto romano e tedesco, e queste vicendevolmente confrontare, indicando ad un tempo le opinioni dominanti nella pratica, ovvero nei recenti codici. Nel che ben ne accorgeremo talvolta, formare i concetti del diritto romano e tedesco la specie di una nozione generica comune, ritrovata dalla filosofia del diritto (2). In terzo luogo per l'apprezzamento

(1) Come tal lavoro pregevole, sebben mancante di una base giuridica filosofica, considero in quanto, nello stesso divisamento primitivo di *Rosshirt e A. E. J. Schmid*, s'avvisò fare *Blume* nella sua: « Enciclopedia dei diritti vigenti in Germania » (3 vol. 1847-55); opera cui *Wernkönig* nella sua Enciclopedia (p. 366) non apprezzò secondo il merito.

(2) Ciò esige anco *Jhering* nei suoi « annali per la dommatica dell'attuale diritto privato romano e tedesco » 1856 fasc. 1., però che egli dica: « Il con-

giuridico filosofico delle teorie fondamentali di diritto romano e tedesco, e col lumeggiare i concetti più propri ai rapporti della vita, torna necessario il disegnare la via entro cui deve muoversi la scienza e la legislazione.

Applicando così la filosofia del diritto al diritto positivo, al che deve concorrere e la critica ed una costruttrice *filosofia del diritto positivo*, verrà che la filosofia influisca di nuovo energicamente sullo sviluppo, della positiva scienza giuridica, sia mercè una trattazione più metodica, sia per più profonda determinazione dei concetti. In oltre siffatta pratica direzione della filosofia del diritto converrà disponga il terreno ad una nuova legislazione, e mantenga e perfezioni i moderni codici nello spirito di progresso, ond'essi coll'aiuto di quella si elevino sopra il diritto comune. Di tal guisa la filosofia del diritto si ricongiunge alla propria vera tradizione che ebbe ad essere interrotta solo parzialmente dal diritto di natura formale svolgente in modo astratto il solo diritto romano. Come essa fu sulle prime assai giovevole allo spirito germanico, ed anco al moderno onde rimuovere e superare molte limitate dottrine romane giuridiche; così deve ora adoprarsi perchè i moderni codici non fuorviino romaneggiando, e deve far opera a togliere del tutto al diritto romano l'impero di legge che ha tuttavia, di più a costruire un diritto unico comune.

§ 2. Il partimento del sistema del diritto privato.

Con molto vantaggio dividesi il sistema del diritto privato in una parte generale ed in una speciale (1). Alla parte *generale* (che non si ha a confondere col diritto privato generale) spetta di considerare ciascuna di per sé nella loro essenza le idee fondamentali e le parti necessarie che occorrono in tutti i rapporti giuridici; cioè in breve, di esporre in una teoria elementare i principi di cui, come *Rukta* si esprime, sono compenetrati tutti i rapporti giuridici, « come da un'atmosfera spirituale. » Questi principii od elementi sono: 1) il principio *obiettivo* del diritto, che

cetto generico della obbligazione che il Romanesco (?) stabilisce, converrebbe fosse sì esteso da abbracciare ambo le specie del diritto romano e tedesco, e solo dopo svolto il concetto generico, avrebbe il Romanesco a volgersi alla specie che esclusivamente lo riguarda, cioè come ritrovati al presente la cosa due specie ha la scienza, ma nessun concetto generico, due metà senza un'intero.

(1) Sulla necessità di una parte generale, v. *Savigny* « sistema del diritto romano » t. vol. pag. 390 ecc.; *Unger* loc. cit. *Berger* « supplemento critico alla teoria del diritto privato universale austriaco » pag. 18. Mi sembra acconcio l'assegnare all'enciclopedia giuridica una rivista della parte generale, qualora questa, come s'addice, venga posta al principio dello studio giuridico.

nel diritto privato si manifesta nelle massime e prescrizioni di questo, le quali poi alla lor volta convien considerare, a) di *per sè*, in rapporto ad analoghi precetti *etici*, b) secondo le loro *fonti*, c) giusta la loro applicazione, e questa poi di nuovo in base ai mezzi spirituali, nell'*interpretazione* e nel *completamento* delle massime, come anco in armonia ai limiti personali (nazionali, esteri), temporanei, e locali dell'applicabilità; 2) il *soggetto* del diritto, ovvero le persone, tanto le singole che le complessive (persone giuridiche); 3) la materia ovvero l'*oggetto* del diritto che abbraccia cose (in istretto senso) ed azioni; 4) la *relazione* generale vicendevole di queste tre parti integranti, ovvero il diritto privato qual diritto subbiettivo a seconda del contenuto, dell'estensione e dell'uso (esercizio), 5) l'*origine* ed il *cessare* dei diritti; 6) la *tutela* dei diritti; 7) il *possesso* quale rapporto soggettivo giuridico tutelato, che passa tra una persona ed un oggetto.

Di siffatte materie della parte generale del diritto privato, si ebbero già a trattare nella parte generale dell'Enciclopedia sotto il N. 4, quelle che si riferiscono al diritto intero ed alle sfere principali, com'è a dirsi dello sviluppo del principio giuridico obbiettivo, delle teorie delle fonti, e così via. Soltanto le massime generali del diritto devonsi qui svolgere in breve, specialmente in relazione al diritto privato.

La parte speciale del diritto privato, ovvero più chiaramente: il *diritto privato applicato*, si suddivide novellamente nel diritto privato *generale* e nel diritto privato *speciale*. Il primo abbraccia i rapporti giuridici, in cui ponno trovarsi tutte le persone come tali in generale, ovvero in relazione a cose, pretese ed obblighi. Questo diritto privato generale comprende quindi: 1) il *diritto generale delle persone*, ovvero quel diritto che si riferisce ai rapporti generali della vita e de' fini della vita di tutte le persone; 2) il *diritto generale sulle cose*, ovvero i rapporti giuridici e le istituzioni generali possibili riguardo alle cose; 3) il *diritto generale delle pretese ed obbligazioni* in cui possono trovarsi tutte le persone verso altre determinate persone. Le due ultime parti, il diritto reale e quello sugli obblighi, si riuniscono di consueto, però troppo limitatamente, in un solo, quale *diritto sulle sostanze* (v. § 23, n. 30).

Il *diritto privato speciale* comprende il diritto delle *sfere speciali della vita* secondo il loro privato aspetto giuridico. Siffatte sfere si trovano essere di doppia natura, a maniera che abbracciano le persone in armonia ai rapporti della vita, oppure soltanto in riguardo a certi fini speciali. Alla prima specie appartengono la *famiglia*, in cui il vincolo stesso è scopo, ed il *comune* il quale riunisce famiglie ed individui sovra una stessa terra in tutte le relazioni sociali, e che non è solo un organismo particolare politico sociale dello stato, ma eziandio un centro di rapporti di diritto privato. La *seconda maniera* delle sfere della vita è foggata

sui precipui scopi della vita umana, ed accoglie in sé il diritto delle singole persone attinente al raggiungere di tali fini, quello delle riunioni e soprattutto quello degli stati *permanentì*, quali classi di tendenza. Ad essa seconda maniera si stringe eziandio il diritto privato delle consorterie religiose; quello di istruzione e d'educazione, di moralità e l'altro più curato di economia privata, nelle sue suddivisioni formali fatte sulle forze di produzioni e del commercio; cioè diritto di *economia rurale* e degli stati agricoli, il diritto delle arti *tecniche* e delle classi industriali, nonché il diritto di commercio, e dello stato commerciante. — Quando faccia mestieri trattare l'uno di questi rami di diritto dell'una e dell'altra specie isolatamente, lo si farà sponendolo nella sua interezza, svolgendone ambo i rami in riguardo pubblico e privato giuridico. Nemmeno nella distrazione in questa parte prevalente del diritto privato, non ci è concesso in vista dell'intima relazione, scostarne interamente dal lato pubblico giuridico delle varie sfere di diritto.

Osservazione. A di nostri non havvi verun diritto privato il di cui organismo riunisca tutti i rami d'essa materia, nè sussiste perciò un diritto privato generale completo, com'anco non vengono trattati tutti gli essenzialti diritti privati speciali. Quel sistema che più s'appressa alla integrità, gli è il diritto privato tedesco, così com'esso ebbe ad essere esposto dai Germaneschi, però che in esso oltre al diritto privato generale, abbracciante il diritto generale delle persone, sulle cose, sugli obblighi e quello di famiglia non che il diritto ereditario, trovasi sviluppato anco il diritto degli stati speciali, per lo meno delle classi economiche. Il *jus civile* romano gli è all'incontro il diritto privato il più stentato, quantunque sia esposto con molta diffusione; ed esso non è nulla più di un diritto astratto sulle sostanze, ovvero, parlando con più esattezza, il diritto generale di *economia privata*, sebbene neppur completo presenti un tal ramo, avvegnacchè delle tre sfere della economia de' beni, cioè, della produzione, del commercio e della consumazione, non sieno studiate se non se alcune parti dell'acquisto de' ben ed il diritto generale di commercio. E pure si volle imporre un tal limitato ed astratto diritto sulle sostanze, come diritto privato generale, e dai Romaneschi si tentò far credere che ogni diritto privato anche nei nostri rapporti di vita non sia se non diritto di sostanza, ed essere govevole l'eliminare tutto quanto non offre interesse di diritto sui beni. Per il che osservossi poscia di fuggita il diritto personale in genere, curandosi solo l'attività della persona giuridica sulle sostanze, determinata da varii rapporti personali; assegnandosi al matrimonio ed alla famiglia, senza pensiero delle altre importanti relazioni, i soli rapporti che hanno col diritto i beni. Il redato spirito dell'egoismo romano, il quale a nulla intendeva che la sostanza non fosse, avea a riescire di tipo a tempi e scienza nostri, che pur troppo si avvicinano sempre più alle condizioni romane. Ma di ben poco gio-

vamento dovea essere nella sua applicazione al diritto tedesco elevato dal genio del cristianesimo e dall'umanità. Tuttavia è missione della scienza giuridica che si affratella al sublime concetto giuridico filosofico di studiare onde il diritto privato ed i nuovi codici (tra i quali il diritto territoriale prussiano (1) regola più completamente di ogni altro tutti gli essenziali rapporti di diritto privato, in verun modo limitandosi al diritto sulle sostanze) novellamente non romaneggino (2) e non sieno mutilati a semplice diritto sui beni, ma che vengano ordinati non solo in modo generale ed astratto, ma in guisa che rispondan ai più importanti riguardi morali e pubblici giuridici, nonchè agli scopi e classi spettanti all'economia nazionale.

(1) Il sublime carattere filosofico e giuridico tedesco del diritto territoriale prussiano, viene egregiamente delineato da *Löher*: « sistema del diritto prussiano » 1852.

(2) Il novello romaneggiare del codice civile austriaco lo scorgo pur troppo nell'opera, che del resto ha di molti pregi, del dottor Giuseppe *Unger*, « Sistema del diritto privato generale austriaco » V. I. 1856. Per quanto si debba vagheggiare l'unione della scienza di diritto austriaco con quella del diritto comune (non del certo colla sola romana), e che indi s'aspetti unità civile di diritto; e comunque ne troviamo disposti a porger tributo di lodi al gagliardi conati ed al talento scientifico; tuttavia è pur nostro dovere l'avvertir l'errore in una direzione per sè apprezzabile. Trascurando pure parecchi punti subordinati, lo ravviso l'offuscarsi della nostra sublime coscienza giuridica desta dal cristianesimo e dall'incivilimento umanitario, coscienza che ingenerò anch'esso il codice austriaco, produzione imperfetta sì, ma nobile; e ciò ravviso ne' seguenti caratteri. 1) Nell'eliminazione del diritto personale (intorno a ciò vedi avanti il § 20). 2) Nella segregazione, in armonia ad una superficiale opinione giuridica filosofica, del matrimonio e dei rapporti di famiglia (con sola eccezione del diritto sui beni) dalla sfera del diritto onde si rifiuta conseguentemente allo stato ogni diritto di regolare quelle relazioni, senza che per ciò avvantaggi la chiesa la quale nullameno in forza della propria obbligazione aspirerà a regolare tali rapporti come spettanti al diritto ecclesiastico, nè per fermo affideralli alla sola moralità. 3) In una riduzione più lata che non fosse il caso presso il sistema romano, d'ogni diritto sulla sostanza. 4) Nel rifiuto di molte teorie ed istituzioni giuridiche accolte nel codice civile austriaco sulla base del diritto tedesco, ed in concordanza coi reali rapporti della vita; come pare nell'eliminazione del concetto di possesso diverso dalla teoria romana, ma giustificato dal diritto canonico e tedesco, nonchè dal bisogno, pratico; così pure nell'abbandono de' concetti giuridici tedeschi della proprietà complessiva divisa, nello stretto senso del concetto di persona giuridica, e così via.

Quantunque il trallare di siffatta romanesca interpretazione del codice civile generale austriaco spetti innanzi tutto a positivi giuristi austriaci, ciononpertanto anche da noi si deve all'intento di una più elevata cultura, rispondente all'attuale sviluppo della vita e della scienza giuridica in Austria, indicare più da presso l'errore nelle concezioni di *Unger*. E specialmente è nostro debito il tener dietro alle erronee vedute di esso scrittore quali ebbe

§ 3. Il metodo giuridico (1).

Solo dallo stabilire e perfezionare i loro metodi derivarono le scienze riforma e progresso. La filosofia enumera le sue grandi epoche coi nomi di Socrate, Descartes, Leibnitz, Kant. Le scienze naturali devono il loro sviluppo prodigioso al metodo empirico analitico celebrato da Bacone, e

a propugnare intorno la natura della filosofia del diritto, e sulla sua posizione in confronto al diritto positivo, vedute che traggono la loro origine dalle speculazioni hegeliane, le quali hanno ben minor influenza in Austria di quelle di Kant che in esso stato trovansi ancor molto diffuse, e contro cui Unger negli annali di *Schletter* v. I, non produsse che una polemica esteriore, e per niuna guisa profonda come sarebbe stato desiderabile.

Per quanto spetta alle opinioni giuridiche filosofiche espresse in generale dall'autore le sentenze non legittimate da ragioni e mal connesse, osservisi aver *Berger* accennato nei suoi: « supplementi critici alla teoria del diritto privato generale austriaco » 1836 (principalmente una critica dell'opera di Unger) alla poca chiarezza ed al vuoto di tali frasi, come: « il diritto gli è un'ordine di certi rapporti della vita » (Unger pag. 110) ovvero: « il diritto privato è un potere che spetta ad una persona sopra altre persone o cose » (pag. 489). Da siffatte frasi si lascerà vincere per fermo alcun seguace del prisco diritto naturale, avvegnachè il sistema di Kant gli porga un principio giuridico che malgrado sia limitato ed astratto, trovasi più scientificamente fondato, ed ammette financo maggiore pratica applicazione che non acconsentano quei meschini concetti, dei quali fin'ora andò contento per lo più il romanesco egoismo. Ma siccome convien che per noi s'attenda dai conati scientifici di Unger, ch'egli volga a questo soggetto più profonde ricerche, in particolar modo al presente che da giuristi positivi meglio approfondenti la materia, si riconosce il bisogno di filosofia giuridica maggiormente fondata, anco allo scopo di perfezionare il diritto positivo; così s'andranno da noi toccando quelle massime, nelle quali in generale offresi una veduta estesa, sopponendole a correzione.

1) Falsa è la proposizione « essere positivo ogni diritto » (pag. 4), proposizione a cui è parallela la sentenza di Hegel: « tutto quanto è ragione e

(1) Il metodo giuridico non fu fino a tempi nostri oggetto di special ricerche. Lo scritto di Leibnitz: « *nova methodus discendae docendae quoque juris prudentiae* » 1667, riguarda principalmente soltanto una novella partizione, della scienza giuridica, ed alcuni cenno sullo studio con un *catalogus desideratorum*; e solamente nella speciale *doctrina conditionum* come una *specimen demonstrationum in jure* (v. *Opera stud. Dutens D. IV*) venne applicato un più profondo metodo filosofico giuridico. Un'opera recente di *Schmidt* « teoria e metodica del diritto civile » 1848 tratta più ampiamente delle scuole moderne giuridiche filosofiche di Schelling, Hegel, Krause, Fries (di cui l'autore si confessa seguace), e svolse soprattutto le fonti del diritto. La vera questione sul metodo venne iniziata appena negli ultimi tempi da *Leist*, *Brinz* (fogli critici), *Jhering* (annali per la dottrina, 1836) e *Kuntze* (punto novello della scienza giuridica, 1836).

tantosto diffuso in tutte le direzioni e sfere. La storia slanciò a novelli voli mercè il determinare che fece più estesamente la propria missione, e approfondendo le fonti. Confrontata con queste, la scienza giuridica trovò in regresso. E di tal cosa il motivo è riposto in ciò,

vole è reale. » — Se voleasi intendere con quella frase, che ciascun diritto perchè abbia valore nella realtà, convien sia *formalmente* riconosciuto dalla consuetudine e dalla legge, in tal caso si riscontrerebbe in ciò quella verità non sempre apprezzata a sufficienza, che anco le forme nel diritto formale sono di sommo interesse alla vita sociale, e doversi l'individuo ad esse forme conformare, quand'anche ciò facendo non si ritrovi in armonia col proprio convincimento circa il diritto materiale. Che se per quella sentenza di Unger si avesse a sconsigliare la sussistenza di un « diritto di ragione », allora verrebbe fondando un vuoto scetticismo quale non dominò se non che di passaggio nell'epoca di languore spirituale e morale, e di più si farebbe l'apoteosi al materialismo pel quale nulla sussiste che non sia nella realtà dei sensi. Già Montesquieu, nel suo profondo concetto storico e politico del diritto e dello stato, osservava: « Gli Individui intelligenti possono avere delle leggi da essi fatte, ma ne possono avere anco di quelle che essi non fecero. » — « Il sostenere non esservi altro diritto od ingiustizia tranne di quanto impongono o vietano le leggi positive, gli è lo stesso dell'asserire non trovarsi uguali i raggi di un circolo innanzi che questo sia formato. » (*Esprit des lois*, div. I. chap. 1.) Unger cerca però di affievolire le conseguenze di tal veduta giuridica positiva e materiale, col

2) sostenere, « non esservi per nulla un diritto di ragione, ma invece una scienza delle esigenze della ragione verso il diritto. » — Codesto porrà almeno in accordo il filosofo giurista e, come sopra osservammo, non cancellerà la differenza tra realtà ed idea, non continuandosi perciò a tenere per formale, quanto egli riconosce nella idea, essere diritto di per sè esistente. Ma quelle esigenze ideali sono pretese di diritto e non soltanto morali. A tal ultima opinione pare acceda anco Unger, avvegnachè

3) stabilisca egli il principio (pag. 201) « che il diritto, per quanto ciò sia compatibile coi suoi concetti fondamentali (— quali sono dessi e d'onde provengono? —), debba incarnare le pretese della moralità... » e (pag. 616, nota 16) che in generale il progresso consiste nell'elevare (?) la legge morale a legge giuridica, nel proteggere (!) le esigenze della morale con una tutela giuridica. — Questa teorica che rammenta quella di transizione e di progresso di Hegel è in rapporto colla somma incertezza circa la relazione tra morale e diritto (ch'io nella mia filosofia del diritto 1832, pag. 192-235 mi sono sforzato di esporre nei suoi principii e nelle sue ultime manifestazioni), e fino a quando tal « capo Horn della filosofia del diritto, » come Jhering lo chiama, non sarà voltato, non avremo sicurezza veruna nello svolgimento delle più importanti materie giuridiche. Ma comunque si apponga più fiate alla filosofia giuridica di Krause di non distinguere debitamente tra diritto e morale (avvegnachè non si curino le fini distinzioni di cui si tratta), tuttavia lo considero come falsa in teoria questa opinione di Unger, e pericolosa in pratica però che men agevolmente a confondere insieme morale e diritto.

che come nel medio evo studiavansi le scienze naturali sugli scritti di Aristotele e sovra quelli de' commentatori suoi, anzichè derivarle dalla viva fonte della natura; nella stessa guisa ravvisavasi attuato il diritto *Corpus juris*, anzichè cercarlo alla sorgente della vita, la quale nei suoi bisogni progredisse ognora. Per il che il servaggio del diritto e della scienza giuridica non acconsenti sorgesse alcun metodo assoluto. Per vero non è dalo lamentare nella scienza positiva del diritto, la mancanza completa di metodo. La scienza del diritto romano s'ebbe dai glossatori

4) Se finalmente Unger pag. 4, nota 12 opina « che la filosofia giuridica, la quale s'attenta trarre i proprii risultati dalla esplorazione delle idee manifestantesi nella storia della umanità, si ritrovi in confronto al diritto vigente, come l'ideale verso la realtà, come l'avvenire in relazione al presente, e stabilisca l'esigenze che devono attuarsi nel corso del tempo; » in tal caso ne è pur forza confessare, che sorpassa la nostra energia pensante, il comprendere come le nozioni della storia, cioè del passato, possano essere un'ideale per l'avvenire; e per parlare in un modo più giuridico; come i concetti che si manifestano nello sviluppo storico della istituzione della proprietà, della servitù, del diritto di pegno, del diritto ereditario ecc., possano elevarsi ad ideale per la formazione di queste istituzioni nell'avvenire. Ma il grado il nostro profondo rispetto per la storia e per l'esperienza, tuttavia siamo d'avviso che onde ravvisare delle idee nella storia e trarne profitto, convenga innanzi avere de' concetti razionali nella vita umana; e ci atteniamo in ciò al motto del bravo scrittore dei fanciulli de Schmidt: «... più accorto ti farà l'esperienza, se la avrai preceduta col pensiero. » E però raccomandiamo eziandio altrui, di riflettere prima razionalmente alla natura del diritto, ed al carattere elico dell'uomo, nonchè ai rapporti vitali che ne derivano, onde percorrendo gli spazi della storia avere mai sempre una guida.

In quanto a noi deploriamo la negligenza di Unger, il quale mentre volea riedificare dalle fondamenta la scienza del diritto civile austriaco, non ha indagati più profondamente i concetti essenziali serventi di base, intorno all'origine e natura dei quali, convenia si mostrasse pur ragionevole. Questo perfezionamento ne giova tuttavia attenderlo dalla sua ulteriore attività scientifica. Ma nell'attuale suo concepimento scorgesi svistata la vera missione della filosofia del diritto nel complesso della scienza giuridica. Siffatta veduta sente della tendenza dell'epoca, e però ad essa conviene opporsi con tanta maggior gagliarda, in quanto che per fermo si agevolerebbe il dominio del più rozzo materialismo, che per si insinua nelle altre scienze, se si avesse a fraintendere la missione e la natura di quella speculazione, la quale comunque non sempre rispondesse al proprio dovere, serbò pure l'animo e lo spirito nel diritto. E tanto più convien curare quella filosofia, chè gli è di sommo momento morale il mantenere nell'animo umano la fede all'eterna legge giuridica che Iddio imprime nella ragione e nel cuore di tutti gli uomini, e della quale già Sofode (Antigone ver. 466) con tanta semp'ice verità, disse:

Oggi non nacque, nè jer surse; eterno
Vive tal dritto. e alcun non v'ha che visto
N'abbia il ragio primiero...

in avanti, e quella del diritto tedesco dai carolingi varie maniere di trattazione, ma appena la filosofia moderna, con Leibnitz (*nova methodus etc.*) e Wolff, ed ancor più con Kant, fu desto e ringagliardito il bisogno del metodo scientifico. La filosofia kanziana divenne molto favorevole pel metodo e per la critica del diritto romano quantunque il di lei formalismo, avesse importanza solo nel coordinamento formale della materia giuridica. Maggior influenza acquistò la filosofia naturale di Schelling sulla scuola che improntò a quella le sue vedute circa la natura organica e lo sviluppo del diritto, e sovra l'analogia di questo colla perfezione della lingua. La filosofia del Hegel fece emergere in modo storico e filosofico le più profonde basi della vita e del diritto romano; quantunque però ad un tempo essa recasse più confusione che luce circa la natura ed il metodo del diritto. La scienza giuridica tedesca progredì indubbiamente, tuttavia non ha per anco acquistata la coscienza del metodo acconcio allo spirito del diritto germanico, in guisa che il metodo del diritto romano relativamente più perfezionato, ebbe ad applicarsi alla trattazione dei due diritti, cancellando così le loro differenze. Ma la completezza del metodo giuridico non è da attendersi nè dal solo diritto romano, nè isolatamente dal tedesco, sistemi che ormai son noti nella vita e confusi in un diritto odierno il quale sembra trovarsi in continuo progresso. Nella stessa guisa che ciascun metodo convien si disparta dalla natura della cosa che costituisce l'oggetto suo, così anco il metodo giuridico convien muoversi dalla natura del diritto, e si congiunga ad un concetto filosofico del diritto. Per la qual cosa è la filosofia del diritto la precipua fonte del metodo, e a questo pur sempre si imporrà. Onde avviene dover procedere il metodo di pari passo colla cosa, in confronto della quale non è nulla più d'una forza concomitante od almen seguace (*μετα εδος*); quindi le sue diversità. Vi ha per fermo a motivo della suprema unità delle scienze tutte e per le comuni condizioni d'ogni maniera d'indagine e di certezza, parecchi metodi generali, quale si è l'*analitico* ed il *sintetico* (come deduzione e costruzione) che vanno applicandosi ad ogni scienza, quantunque però in modo svariato secondo è diverso il carattere loro. Così veggiamo rinchiudere le scienze naturali un'altra maniera di analisi, che la psicologia, l'etica e la filosofia del diritto non trovino conveniente. Imperanto chi fa parola della trattazione di questa scienza secondo il metodo naturale scientifico, trovasi vacillante intorno al metodo, oppure convien consideri materialmente l'intero uomo, cioè qual semplice produzione della natura, anco nelle sue relazioni spirituali, morali e giuridiche. Tanto si è la gagliardia del metodo, che desso ha possanza di trascinare e sviare anco la cosa. Che se studiasi il diritto a mo'di scienza naturale, in tal caso fa mestieri, quando non vuolsi serbare il buon senso a dispetto della logica, far del diritto il caso d'una specie di cosa naturale. Laddove se si applica il metodo romanesco, non si potrà declinare dal ro-

maneggiare il nostro diritto. Il vero metodo non è dato determinare e stabilire, se non sulla natura etica del diritto.

Per il che il vero metodo giuridico, non altrimenti d'ogni altro, appoggia alla attuazione di determinati concetti fondamentali, ovvero di *categorie*; ed in primo luogo di quelle che formano gli elementi del concetto giuridico, che sono proprie al diritto. Indi fonda sull'incarnazione delle altre che sono comuni al diritto ed a tutte le scienze della vita, e che quindi convien si congiungano ai fattori del diritto in armonia alla di lui natura. La teoria del metodo giuridico è quindi essenzialmente una teoria di categorie giuridiche; e dalla retta applicazione ed apprezzazione loro dipende la bontà e l'interessa del metodo. Avvegnacchè debba in ciascuna scienza muovere il metodo dalle categorie che gli sono proprie, così nel diritto incomincerà dalle parti integranti costituttrici del concetto giuridico. Tali momenti di nozioni vennero già per noi svolti più largamente, e qui li andremo assumendo di volo in relazione al metodo.

Il diritto in generale vien definito quale coordinamento dei rapporti della vita stabiliti onde sia serbata l'umana sussistenza in modo ragionevole e in armonia allo scopo individuale e complessivo degli uomini, in quanto essi rapporti si condizionano vicendevolmente.

Qui vi trovasi espresso in primo luogo il lato *obbiettivo* e *subbiiettivo* del diritto. *Obbiettivamente* si è il diritto una regola, una norma; *subbiettivamente* gli è una attività del volere circoscritta dalle regole, ovvero gli è l'uso della libertà in armonia alle due correlative direzioni dell'abilitazione e dell'obbligo. Per il che il diritto è una regola della volontà una norma della libertà.

Ma ora facciamoci a considerare gli essenziali momenti che accolgonsi nel concetto del diritto.

1. Il diritto gli è una norma dei rapporti vitali. Siffatto principio scendente da una filosofia giuridica che abbraccia obbiettivamente i rapporti della vita, venne al presente adottato anco da parecchi giuristi positivi. Ma senza ulteriore definizione non suonerebbe diversamente d'una frase generica, poco giovevole all'indagine giuridica, però che non distingue esso per nulla il diritto dalla morale che anch'essa è regolatrice dei rapporti della vita, due sfere che non differiscono nell'essenza ma nel grado. Tuttavia siffatto principio presenta eminentemente il diritto per norma obbiettiva, ond'è che elevasi sovra i concepimenti anteriori i quali deducevano il diritto soltanto della fonte subbiettiva del volere o della coscienza generale o speciale, oppure lo aveano in conto soltanto d'una concessione. Con questo abbiamo l'idea tanto vagheggiata dai moderni romaneschi, del diritto quale potere o dominio della volontà, dea da cui però non è dato ricavare maggior vantaggio che da qualsivoglia altra nozione di un primo sistema di diritto naturale.

2. Il diritto gli è un regolamento dei *rapporti della vita*. I rapporti

della vita sono relazioni di persone tra di loro circa una materia od oggetto determinato da uno scopo ragionevole, e che può ritrovarsi tanto in cose quanto in azioni. Le relazioni regolate tra le *persone*, secondo la volontà di queste si fanno concedimenti od obblighi, e costituiscono il *contenuto*, la materia del diritto, che è ben da non confondersi coll'oggetto o scopo di esso diritto. Non altrimenti che avviene dello svolgimento della vita, i di lei rapporti si vanno formando per cause e forze che il diritto non crea, ma che è chiamato a coordinare come manifestansi. Ond'è che il diritto non sia un principio creativo ma ordinatore soltanto, nè la scienza giuridica può aspirare ad emanare o dedurre dalla sola nozione dei rapporti, un diritto permanente eguale per tutti i popoli e per ogni maniera di relazione; ma essa scienza convien piuttosto si formi e perfezioni in un colla vita così come questa *appare* e come *anella* trasformarsi. E nella stessa maniera che la vita non è giammai condotta all'ultima fase, così pure non vi ha diritto perfetto assolutamente, e però ciascun diritto conviene acconsenta (specialmente coll'ammettere la consuetudine come proprio fattore) la possibilità di novelle conformazioni. Gli è bensì vero ritrovarsi in tutti i rapporti vitali alcun che di permanente, *invariabile*, quali sarebbero le leggi morali e gli essenziali rapporti dagli uomini tra di essi, come è a dirsi del matrimonio, della famiglia, della proprietà, delle esigenze, ma tutto ciò ebbe a svariatamente modificarsi. Solo il principio giuridico è costante nelle sue parti fondamentali, così come avvien che lo sia il principio della vita nelle proprie forze necessarie, mentre ovunque diversa è la conformazione ed il modo di essere del principio nella vita.

Ma qui sorge la quistione se il diritto si riferisca a tutti, ovvero appena ad alcuni rapporti della vita. A tal quesito verrà ancor per molto tempo come è agevolmente da antivedersi, risposto in molte diverse guise, avvegnacchè esso ritrovisi collegato inlabilmente colla tesi per anco non sciolta, della relazione tra la morale ed il diritto. Noi però sosteniamo esser regolati dal diritto tutti i rapporti della vita, quantunque il diritto positivo non offra che deboli principii di tale complessivo ordinamento, principii però sommamente importanti. Tuttavia dobbiamo porre a tal massima la restrizione, abbracciare il diritto regolatore un *solo lato* dei rapporti della vita, cioè dirigersi a quelli che palesemente si *condizionano*. Siffatta massima la si ravvisa estesa anche a quella sfera ove potrebbe essere meglio avversata, cioè ai doveri morali ed alle virtù, avvegnacchè anche intorno a queste possa farsi luogo a degli effetti giuridici, ove si *esprimono* in opere e sono la *condizione* di un rapporto vitale (come amore, fedeltà conjugale, obbedienza filiale, ecc.); e la stessa massima la si riscontra anco nel diritto penale come giudica di un'azione esterna, al quale intento rimonta a parecchi momenti morali quali

son quelli che determinano la punibilità. Ciascun rapporto della vita manifestasi in generale, come sopra sponemmo, per tanti tali quanti han-
novi scopi e tendenze umane della vita. Iudi risullano due conseguenze di sommo momento nella pratica. L'una, che tutti gli ordini o sfere delle vita umana, l'ordine religioso, morale, economico, scientifico, artistico, pedagogico, hanno un diritto rispondente al loro scopo. La seconda, che lo stato quale ordine giuridico universale conviene eserciti una suprema vigilanza, perchè in *tutti* gli ordini della vita venga secondo le norme giuridiche stabilite da esso stato, oppure automaticamente esercitato il diritto, e che il supremo giudizio rimanga a lui devoluto.

3. Importanto il momento più *caratteristico* del diritto si è la facoltà di *condizione*, biforcantesi nel lato passivo (condizionale), e attivo (condizionante). Ma questo fu già dimostrato a sufficienza. E siccome gli uomini a cagione della loro natura finita e limitata si condizionano reciprocamente, e nel bisogno di aiutarsi, deggion formare una comunanza sussidiatrice; così conviene che in armonia a codesto gli uomini regolino la loro vicendevole facoltà di condizionarsi, e pongano una norma alla propria influenza reciproca onde l'un l'altro si prestino i modi di attingere la mèta. In tal guisa il diritto sulle cose determina le condizioni sotto le quali ciascuno può acquistare, usare, consumare ed alienare delle cose. Ma anch'essi i possibili rapporti economici nazionali, condizionanti, nonchè i morali, conviene sieno apprezzati giuridicamente. Così appunto il diritto commerciale e soprattutto quello dei contratti, è a determinarsi con riguardo allo scopo del commercio a lui inerente, ed in armonia di tutte le eventuali condizioni. Tutte siffatte relazioni interne ed esterne da studiarsi in un rapporto, costituiscono « la natura della cosa » nonchè la natura del diritto, che a quella si riferisce; perchè il diritto in generale non è un concetto semplice, ma di relazione, ond'è che sieno le relazioni essenziali di una cosa non parte esterna del diritto ma bensì materia del contenuto. Però chi s'avvisa elevare la natura della cosa a principio direttivo del diritto, fa mestieri si ponga antecedentemente all'indagine delle relazioni e condizioni interne ed esterne della cosa.

4. Il *principio* secondo il quale hanno a regolarsi tutti i rapporti condizionantisi della vita, si è lo *scopo* della vita umana, il quale in quelli si forma, si anima, e perfezionasi continuo, in quanto che poi la vita a cagione delle varie specie dei fini, porge pure delle svariate sfere di rapporti vitali. Per la qual cosa ogni diritto si riferisce soprattutto ad uno scopo vitale fondato nella natura umana, così che nulla di umano sia straniero al diritto. Il diritto accoglie per fermo la intera vita umana nonchè gli scopi tutti di essa in quanto appaiono condizionantisi vicendevolmente, e la regola di questa manifestazione si è lo scopo prossimo,

immediato e proprio del diritto (1), ma essa vita non può attuarsi convenientemente se lo scopo da conseguirsi per le condizioni giuridiche non forma norma e regola. Indi si volge precipuamente il diritto alla libera volontà, ed acconsente alla libertà una sfera ulteriore, ove esso eleva determinando come norme giuridiche le essenziali condizioni che risultano dal fine di una istituzione (matrimonio, contratto ed i singoli affari giuridici).

Ma quantunque egli non imponga a veruno, fine di sorta, e solo renda possibile ad ognuno l'attingere le mete umane tutte, nullameno disegna nell'ordine e nel sistema giuridico tutte le istituzioni giuridiche ed i rapporti in armonia ai fini che in esse istituzioni si accolgono. Ciò ebbe pur luogo più o meno nel diritto positivo. Ma fin qui mancò la chiara coscienza della necessità di assumere e lumeggiare gli scopi, e di più non trovansi distinti i fini convenientemente, e quindi fur confusi con negozi giuridici tra loro del tutto diversi. Però sono studiali solo a seconda del caso, e raggruppate varie specie di contratti, che hanno intenti svariati, e dissimili effetti giuridici. Per il che alcuni contratti di sorte e di fortuna per cui l'eventuale danno derivato dal caso, si rimuove dall'unico colpito, e vien diffuso sovra parecchi, cosa che rappresenta ad un tempo uno scopo morale e giuridico, distinguono da altri per cui il caso viene promosso, e a lui congiunto un'avvantaggio ed un danno per l'uno e l'altro de' contraenti. Siffatte stipulazioni casuali hanosi ulteriormente da isolare secondo servono al giuoco, o a misura derivano da cupidigia di utilità immorale ed antieconomica, cupidigia che pone il caso al luogo del lavoro, e che se molto si diffonde fra un popolo arreca sempre nocimento alla moralità ed energia industriale. Che se l'aver cura dello scopo gli è cosa importante nel determinare i speciali affari giuridici, ben più larga importanza giuridica si frarrà da tal studio in *tutti* quei negozj che ricevono sempre determinazione dal fine; nelle società aventi mete particolari com'anco nelle altre ove è intento la comunione della vita intera e molto più nella società universale dello stato, ove lo scopo di questo deve penetrare in tutti i rapporti. Quinci scende che la teorica degli scopi vivificando i rapporti della vita, impone legge suprema alla scienza giuridica, e che una *teleologia* giuridica si è il più urgente bisogno pel progresso nel diritto e nel metodo. Da tale concetto fa mestieri si rimuovano le false rappresentazioni. Un opinione tuttora molto diffusa, quantunque assai superficiale, vorrebbe strignere nei confini della *politica giuridica* (2) la teorica

(1) Sulla necessità della distinzione tra scopo immediato, diretto, e mediato diretto del diritto, nel diritto privato e pubblico, vedi la mia filosofia del diritto o p. 331.

(2) Quantunque *Kunze* nel suo: « punto novello della scienza giuridica » 1856 p. 46 opina che questa teleologia giuridica, ch'io ho di mira col mio

degli scopi. Tale opinione ingenerossi quando si bandirono i fini dalla filosofia del diritto, che pure non si vollero ammettere nel diritto positivo, quantunque fosse dato farne a meno nella vita mentre si volèa apporre alla politica giuridica il carattere di teoria dell'opportunità degli scopi nel diritto. Ma la nota caratteristica della politica giuridica trovasi ben più nella conciliazione delle esigenze ideali del diritto filosofico (del diritto privato, di stato e nazionale) coll'esperienza, vale a dire colle condizioni giuridiche e di stato parte in modo storico e positivo, in guisa che la politica è pur sempre una dottrina di quanto nel diritto e nello stato havvi di *possibile* e di *relativamente migliore* a seconda dei dati rapporti, dottrina che nei miglioramenti da essa iniziati e propugnati fa d'uopo s'attenga al rapporto così come è *dato*. L'esigenza della conformità allo scopo volgesi però a tutte le parti della scienza del diritto, sendo diversa soltanto la *relazione* degli scopi. Nella filosofia giuridica viene afferrato lo scopo idealmente, così come risulta dall'ideale natura d'un rapporto. Nel diritto positivo all'incontro lo si accoglie nella apparenza più o meno perfetta che desso assunse nella realtà in armonia all'eventuale bisogno. Nella politica giuridica poi è considerato lo scopo ideale come tipo alla migliore determinazione del *sine*, verso la quale preesisteva l'aspirazione, e viene studiato eziandio come acconcia riforma di un rapporto o di una istituzione. Così il filosofo giuridico stabilisce il diritto di matrimonio con'esso scende dal tutto supremo di tale istituzione, laddove il legislatore politico che brami riformare il diritto coniugale, mentre dovrà tenersi innanzi siffatto scopo sublime ed intero, sarà pur stretto ad un tempo a sopporre ad esame le modificazioni porle dei rapporti dati e passati storicamente, nonché ad aver riguardo al costume vivente. Quindi è giuoco forza assumere *idealmente* ciascun rapporto della vita secondo la di lui interna natura e in armonia allo scopo che *dovrebbe* proporsi; quindi studiare come sia costituito *in fatto* nella realtà; e da ultimo in qual guisa sarebbe *possibile* il costituirlo più felicemente. Del resto gli è indizio di orizzonte spirituale assai angusto, il far consistere il diritto nell'unico coordinamento dei rapporti *reali* della vita, mentre anch'esso il diritto positivo regola in prevenzione parecchi rapporti della vita che s'offrono soltanto come possibili. Finalmente dobbiamo declinare dalla teleologia giuridica l'erroneo

lavoro, la non sia nuova e che domina in certa qual guisa sulla dottrina, tuttavia non vi ha di molto vicino a codesto che due sole teorie giuridiche filosofiche, le quali abbiano fatta emergere la necessità degli scopi, primieramente quella di *Krause*, e poscia l'altra di *Stahl*, la qual'ultima preferisce la espressione di « determinazione ». Ma la scienza giuridica positiva non è per nulla animata da siffatta considerazione di scopi; essa se ne serve solo qualche volta ove si ritrovi avviluppata di troppo nel suo astratto cancello, nè tal principio teleologico lo si ebbe giammai ed elaborare con coscienza.

avviso, essere lo scopo di contro ad un rapporto o ad una istituzione qualche cosa di esterno. Lo scopo è nulla più dell' intima essenza d'una cosa concepita nel pensiero, così com'essa essenza aspira ad incarnarsi nella vita; esso è adunque identico alla natura ed all'essenza della cosa, anzi gli è la di lei forza motrice, l' anima, in guisa che lo spirito di una istituzione non può venir concepito se non se moltiplica l' indagine del motivo che la tiene in vita, nonchè del di lei scopo. Per esprimerne con Aristotele, è quindi lo scopo un'entelechia, un' aspirazione al fine inerente alla cosa, per cui in base all' efficacia reciproca di tutti i rapporti e scopi in ciascun' organismo vivente, non è esclusa la relazione esterna di uno scopo di mezzi, verso ad un altro che sia meta finale. Quindi scende però l' intimo rapporto tra natura e scopo di una cosa, onde si vede agevolmente che se il metodo giuridico — che alla natura della cosa appoggia — fece sì scarsi passi nelle vie del progresso, si fu perchè non ebbero a luneggiarlo secondo lo scopo.

Dopo siffatta esposizione generale della necessità di una teologia giuridica, è prezzo dell' opera il farci ora a dimostrare brevemente, come pel concetto giuridico da noi svolto, nonchè per mezzo dello scopo giuridico, possano venir luneggiati giuridicamente i più importanti rapporti i quali appunto ora che si incomincia a studiarne le basi razionali, si fecero oggetto di più profonda indagine e di varie diatribe.

Il diritto (e quindi il vicinissimo scopo riposto nella sua natura) ritrovasi, come sponemmo, nell'ordinamento delle condizioni richieste da tutta quanta la dipendenza degli uomini, per l' intento della esistenza ragionevole di sé e degli altri. Quindi scaturisce e agevolmente si comprende la possibilità giuridica che vi abbiano riuniti parecchi importanti rapporti, nei quali si vien ponendo una persona in luogo d' un'altra, e quella per questa opera e fa mallevaria, assume il suo debito od accetta i erediti suoi, il che in tutti questi casi può aver luogo e spontaneamente, e per necessità in conseguenza al vincolo generale umano di stato, nonché in armonia a precedenti e tuttora valevoli determinati rapporti di una persona verso un'altra. E qui ne piace notare di sfuggita, manifestarsi appunto in questi rapporti in modo caratteristico il principio giuridico così come va distinto dalla morale, avvegnachè in questa sfera a veruna persona sia acconsentito far le veci di un'altra, però che sieno i doveri morali e le virtù sempre precetti assoluti all'individuo e diretti appunto alla sua speciale energia volitiva; laddove il diritto pel suo carattere relativo e condizionato regola eziandio le relazioni esterne ingenerate dalla dipendenza e dalla necessità in che gli uomini si ritrovano di sussidiarsi vicendevolmente.

I più importanti rapporti che qui appartengono sono:

a. Nel diritto personale e di famiglia avvien che si rappresentino nella tutela e curatela i minorenni e le altre persone bisognevoli di aiuto giu-

ridico, e tale rappresentanza viene stabilita ed esercitata per provvidenza e sotto vigilanza dello stato.

b. Nel diritto sugli obblighi emergono in particolare:

α) Il disimpegno di un affare giuridico per altrui interesse, sia che ciò avvenga mercè incarico (*mandatum*) o senza mandato (*negotiorum gestio s. m.*) nel qual ultimo caso si presume in rispondenza ai rapporti, che l'interessato avrebbe fatto lo stesso e che quindi *debba* approvare moralmente e giuridicamente quanto per lui si operò. Ed anzi siffatto disimpegno di negozii può effettuarsi anco *contro* il volere dell'altro, allorchè si manifesti in un modo non dubbio la volontà dell'interessato come irragionevole, quantunque in quest'ultimo caso trovinsi variamente regolati dalle leggi gli effetti, onde garantire la libera determinazione di alcuno. β) Lo spontaneo accondire agli obblighi altrui nelle svariate forme dell'intercessione. γ) La obbligazione forzata scendente da determinate relazioni in cui alcuno si trova con certe persone, lorchè devesi per esse garantire nell'oggetto principale ed accessoriamente, come è a dirsi del padre di famiglia e del padrone di casa. δ) La malleveria complessiva, per cui un'insieme (p. e. il comune) garantisce, per l'obbligo di un membro. ε) L'obbligazione solidale ove si fa luogo all'obbligo di tutti per uno, e di uno per tutti, scendente dalla unità e comunanza, ovvero dalla libertà del principio vincolatore.

c. Anco la successione singolare negli obblighi viene spiegata dallo scopo giuridico. Codesta quistione tanto vitale, per cui trovansi discordi ne'principii il diritto romano ed il tedesco, avvegnocchè il primo dia il primato al *volere subbietivo* avvisando non poter sussistere un obbligo se non se tra persone che l'hanno incontrato fin dall'origine; codesta quistione venne decisa dal diritto romano nel senso che non già la pretesa, ma solo il di lei esercizio possa essere ceduto allo intento di legittimare una pelizione; mentre il diritto tedesco e l'attuale legislazione acconsentono il passaggio della stessa esigenza. Nelle ricerche scientifiche promosse in questi ultimi tempi intorno il quesito, qual sia il concetto più esatto, fa mestieri innanzi tutto osservare trattarsi soltanto di obblighi la cui nozione è di beni, o di valori dei beni, e non già di esigenze chiamate strettamente personali. In siffatti obblighi di sostanza necessita però aver sott'occhio isolatamente il solo momento personale del volere e non ad un tempo l'oggetto che ha un valore *sempre eguale* nel commercio, e che può quindi supplire all'una persona come all'altra, allo scopo di soddisfacimento arrecato da beni. Del resto conviene che il diritto lusinghi l'abitudine che un bene trova avere in sè di essere apprezzato *ugualmente* da tutte le persone, e di più mostri per equipollente una pretesa ogniquale un terzo si ponga qual creditore al posto del creditore cedente, e ad un tempo non ne scenda verun danno nella so-

slanza al debitore. Gli è però che dal punto di vista dello *scopo* dell'economia nazionale del *commercio* dei beni, fa mestieri si spieghi giuridicamente la cessione non altrimenti di sostituzione d'un creditore ad un altro, e la volontà del debitore si assuma per tale che accondiscenda allo scopo obbiettivo ragionevole, a lui in veruna guisa nocivo (1). Del tutto diversa offresi all'incontro l'assunzione del debito altrui, merè la quale richiedesi con diritto l'assenso del creditore, avvegnacechè lo scopo della *realizzazione* del credito possa in tal guisa venir difficoltà o resa impossibile, sendo negli stessi crediti ipotecari non del tutto indifferente la persona del debitore.

d. Da ultimo non è a spiegarsi manco la successione universale dell'erede dal punto di vista della finzione che la persona dell'erede e di chi lasciò la eredità formino una sola persona; ma fa mestieri legittimarla col principio desunto dallo scopo del diritto ereditario, che pone circa la sostanza la persona indicata dalla legge al posto del defunto; oppure col principio della disposizione dell'ultima volontà, mentre però è libero a quella persona di ripudiare, o adire l'eredità.

Ond'è che vi abbiano nel diritto di molti rapporti i quali esprimono il collegamento organico della vita umana tra persone e cose, e soprattutto la *coesistenza*, e l'*esistenza diretta al vicendevole sussidio*, il *fungere le veci* e lo *scambio* delle persone come trattasi dell'intento reale e del valore sempre simile di una sostanza o della parte di un bene, e di cui il *diritto cambiario* stesso si è la forma la più astratta. Tali rapporti porgono allora soltanto una spinta alla trattazione giuridica, quando si assume esclusivamente in modo subbiettivo il principio giuridico per semplice funzione del volere, quale potenza della volontà, senza darsi pensiero dai rapporti vicendevoli, i quali porgono una norma obbiettiva alla libera determinazione. Noi abbiamo qui all'incontro dedotte queste relazioni, il che fin qui non si fece, dalla natura e dallo scopo del diritto.

(1) Io non posso in niuna guisa accedere alla spiegazione o piuttosto a quanto da sensista espone *Hindscheid* a cui aderi anco *Bluntschli*. Non è già che si tratti del vincolo con cui il creditore lega il debitore e lo rimette ad un nuovo creditore. Il vincolo presenta due momenti; che se si trattasse di un astratto legame, sarebbe dato al debitore attribuirlo in pari modo e contro il volere del creditore ad un terzo che assumesse il debito; ma il rapporto reale con ciò correrebbe rischio di essere cangiato, e reso vano del tutto ed in parte lo scopo del soddisfacimento in riguardo al nuovo debitore. — Il sobbarcarsi ad un obbligo solidale, per cui *Kuntze* vuol spiegare questi rapporti, gli è qui per nulla da ammettersi. L'analogia naturale propugnata da *Kuntze*, che la offre qual nuova ricchissimo principio, cioè della diramazione del primitivo obbligo di *stipite*, resta pur sempre immagine insufficiente. La obbligazione è per sé ognora un rapporto ideale e non sensibile, e però torna necessario afferrarlo idealmente escludendo ne' cangiamenti suoi.

Per tal guisa si vennero per noi svolgendo in breve le specifiche categorie che sono più importanti pel metodo, e che si ritrovano nello stesso concetto giuridico. Ma codeste categorie si hanno a collegare ai concetti fondamentali generali occorrenti in tutte le scienze, ed offrendosi nel mo'di categorie ausiliari. Tali categorie generali ricercate da Aristotele fuor de' domini della lingua, applicate sottilmente ma in modo astratto e dogmatico dalla scolastica, cui Leibnitz tentò approfondire e porre a base di sua lingua scientifica generale, coordinandole ed apprezzandole tutte nelle scienze quali principii regolatori, che Krause fondò di bel nuovo e dispose nel sistema il più perfetto (1) che si conosca; dovean ora puré essere svolte sistematicamente con metodo giuridico più largo. E qui ne torna opportuno limitarci alle più importanti, tenendo per fermo essere il diritto un *concetto della vita*, e che però occorrono in tutti i rapporti giuridici i momenti essenziali della vita, quali sono il principio, la continuazione ed il fine.

Le più importanti categorie del diritto e della scienza giuridica sono le seguenti:

1. La *unità*. In primo luogo l'unità la è la stessa del principio giuridico, nel quale si manifesta dal lato giuridico l'unità della vita. Siffatta unità deve animare l'intero sistema del diritto, il che riesce fin qui impossibile, sendo che non vi abbia per anco alcuna unità di principio pel diritto privato e pubblico, e nemmeno una unità pur di principio tra le singole istituzioni di diritto privato. E il motivo di tutto questo gli è riposto nell'essere insufficienti i concetti giuridici stabiliti fin qui, però che non sia bastevole nè il concetto di coesistenza, nè di potere, nè di dominio. Una scienza non può sussistere se non se per mezzo di un principio esattamente formulato. E di quanto interesse pratico sia l'unità, si rileva dalla riforma che ottengono le peculiari istituzioni lorchè trovansi ridotte ad un principio unitivo, come è a dirsi dell'immutazione praticata per Giustiniano del diritto di successione ab intestato fondandolo sul principio della consanguinità; e così pure la successione ab intestato nel codice civile austriaco regolata severamente secondo la nozione delle linee,

(1) Kant stabilì le quattro principali categorie della *quantità*, *qualità*, *relazione* e *modalità*, a ciascuna delle quali subordinò altre tre, di cui l'ultima dovrebbe essere sempre l'anello di unione delle due prime. Il sistema di Hegel non è che uno sviluppo dialettico delle categorie per lo più identiche alle kantiane, e solo presso di lui trovansi diversamente collocate, o per fermo determinate con più finezza. Il sistema di Krause fonda all'incontro sovra una cardinale riforma della teorica delle categorie, ma tal riforma pare troppo superiore alle filosofiche agevolezze de' giorni nostri. Il solo Erdmann (quantunque lo = disse Hegel sovra tutti) osservò nella sua « storia della filosofia moderna » vol. 3. sez. 2. 1843 p. 686 e 687, che soltanto le due filosofie di Hegel e Krause offrono novelmente una metafisica mercè il loro sistema delle categorie della filosofia. E ciò « attribuisce

è di utilità pratica universalmente riconosciuta. Non altrimenti è a dirsi del nuovo sistema ipotecario tedesco basato sulla pubblicità e specialità. Nel diritto positivo non è da restringersi a forza nell'unità una istituzione quando — così come si ritrova essere — non ne è suscettibile; ma gli è dovere della scienza di promuovere la salutare riforma. — L'unità non è a confondersi nè coll'identità nè coll'unione. Mercè l'unità e collo svolgimento del principio unitivo del diritto e delle istituzioni sue, si consegue la *purezza*, lo *splendore* e l'*eleganza* giuridica nella costruzione; si rende palese la bella economia del diritto allorchè con pochi concetti, molto si determina (quando un concetto come « un colpo taglia mille nodi »). In allora si scorge evidente il concetto di Leibnitz anco nel diritto: *les sciences s'abrègent en s'augmentant*, e la « semplificazione » cui miravano gli autori dei nuovi codici, avrebbe con ciò il suo eccellente fondamento, ed alla scienza spetterebbe promuoverla.

2. *L'individualità e l'indipendenza*. Sendo il diritto in modo relativo una scienza indipendente, così fa d'uopo determinare primieramente secondo tal carattere tutte le istituzioni ed i rapporti giuridici considerandoli *in loro stessi* secondo la natura e scopo che presentano. Di tal guisa si esclude fin sulle prime ogni maniera di analogia e di parallelismo. E qui il diritto romano ebbe ad incappare non poche volte nell'errore, coi suoi quasi-concetti e trattazioni *utiles*, avvegnà ch'esso spesse fiate non ritrovasse il supremo principio comune ai varii rapporti. Qual essenziale e caratteristica impronta occorre il concetto d'indipendenza nella determinazione di molti importanti rapporti. Così la proprietà la è un diritto *indipendente*, la servitù un diritto *dipendente*; e tal carattere della proprietà gli è ben più importante di quello della totalità del potere, la quale non sussiste del tutto essenzialmente, e più e più volte manca affatto. Però le obbligazioni si partono in indipendenti e dipendenti, e le obbligazioni solidali distinguonsi dalle correali per l'indipendenza del fondamento obbligatorio.

3. *L'interezza*, da non confondersi, come spesso avviene, colla *universalità* o *totalità*, è l'intero che comprende unitivamente una pluralità, e nel diritto si ritrova essere di sommo momento. Così il sistema giuridico gli è un intero, e ciascuna sfera giuridica un intero dominato dalla unità del principio speciale. Appunto nel diritto offresi per operazione di speciale mandato quella di assumere tutti i rapporti, tutti i momenti essenziali come un intero uao ove questo determina e condiziona quello

anco a Krause un posto elevato fra i filosofi tedeschi, e « a que' due uomini (pel loro tentativo di stabilire un sistema delle categorie, quantunque esso autore non acceda alle categorie, ovvero al modo onde sono dedotte) è serbato l'onore d'aver derivata la somma da quanto offerse sin qui lo sviluppo della scienza ».

ed ove la mancanza o lo slaccamento di una parte essenziale nega sempre con sé degli effetti giuridici. Quindi in conseguenza dell'intera congiunzione unificatrice delle parti reciprocamente sostenentisi e condizionantisi, è il diritto un'intero *organico* coordinato nell'interno. Le parti di un intero sono di duplice natura, *qualitative* ovvero parti di specie, e *quantitative* ovvero parti di grandezza. Per lo più si tengono, non senza andar molto errati, solo le ultime in conto di parti, mentre in tutte le sfere della vita e nelle scienze si riscontrano anco parti qualitative. Sen- dolesi fraincese, nel diritto ne emersero de'vizii, p. e. il rifiuto della così detta proprietà divisa.

4. La *unione* non è a confondersi coll'unità, p. e. la *communione* non deve tener per eguale alla *universitas*, ovvero un'unione di beni colla comunione dei beni (p. e. nel matrimonio). Unità e unione ponno tuttavia sussistere simultanee in una istituzione giuridica, in guisa che entrambe trovinsi determinate ad un tempo in modo giuridico (p. e. nella società tedesca).

5. *Fondamento e causa*. Intorno la essenziale diversità di siffatti concetti abbiano di già fatte le dovute avvertenze addietro; e dessa viene anco realmente riconosciuta in ciascun diritto e soltanto confondonsi parecchie fiate le espressioni in modo opposto alla cosa ed alla lingua. Il fondamento giuridico che può essere o *prossimo* o *remoto*, gli è ognora qualche cosa di obbiettivo, sito nella cosa o nei rapporti reali, come questi lo sono per *propria natura* oppur vengono costruiti, mentre invece la causa giace sempre nella volontà di una o più persone atta a variamente determinarsi. Perciò riscontrasi il fondamento del diritto in generale nei rapporti reali della vita; la causa della origine ognora nelle azioni coscienziose o no del volere. È quindi la tradizione tenuta in conto di avvenimento esteriore, la prossima base del passaggio di possesso, mentre la remota può essere qualsivoglia affare condizionante il possesso, p. e. compra, donazione. Ma la causa si è la volontà di chi consegna e di quello che riceve, volontà che può venire determinata in più modi, p. e. per inganno, senza per questo avvenga una mutazione nel fondamento e nella conseguenza, nella traslazione della proprietà. Dal che emerge doversi contraddistinguere i principii giuridici sul fondamento giuridico obbiettivo e sopra la causa subbiettiva (§ 16). Anche ne'contratti il fondamento giuridico porlo dallo scopo reale, come prestito, compra, fa mestieri distinguere dalla volontà di contratto variamente determinabile. Convien quindi vada distinto il contratto qual semplice causa di volere, dal fondamento contrattuale che si esaurisce in tutte le essenziali conseguenze.

6. *Contenuto* (materia) e *forma*. Quanto sia interessante disegnare la differenza di codeste due categorie anche nel diritto, non vi è alcuno che non sappia; tuttavia ben poco si curò un tal vantaggio. Quindi p. e. nella

teoria sui contratti ben rade volte avviene si faccia l'importante partimento di contratti materiali e formali. Ma per quanto giovi l'afferrare l'intrinseco nel diritto, non torna menò utile il conoscere e serbare ovunque le forme giuridiche più acconcie alla materia e di impedire quindi il negligentare della forma, negligenza onde scende tanto nocumento alla giuridica sicurezza.

7. La *quantità* ovvero grandezza e determinazione di grandezza, cui fa mestieri serbar distinta dalla totalità determinata ognora idealmente, può per vero essere rappresentata solo in modo ideale, ma esprime ognora un rapporto esterno circoscritto da numeri. Però sono da distinguersi le parti della grandezza da quelle della specie. Così nel diritto tedesco le parti nel condominio, sono diverse dalla proprietà divisa a tenore delle varie direzioni delle abilitazioni. — Il diritto romano è dominato pressochè ognora dal principio quantitativo, avvegnacchè desso sia quasi sempre pretto diritto di sostanza.

8. La *qualità* viene non poche volte sconosciuta negli importanti rapporti giuridici, in ispecial modo nella divisione. Ora che tutte le scienze ammettono delle parti qualitative, mentre l'antropologia considera lo spirito ed il corpo come parti essenziali dell'uomo, e la psicologia tiene i membri in conto di parti della vita determinate di funzioni qualitative; si volle nel diritto porre in dubbio la divisione qualitativa di una cosa, tenendo per vatevole la sola quantitativa. Siccome una cosa può offrire varie funzioni per diverse persone e rimanere tuttavia *intera* in ciascuna funzione o tendenza, così ne risulta una suddivisione qualitativa, la quale ha una specie di organismo della funzione della cosa, p. e. della proprietà.

9. La *relazione* ovvero il rapporto (che comprende molto più di quanto per esso intendea Kant) offre nel diritto larghi vantaggi. In primo luogo è il diritto stesso un concetto di relazione, però che regoli i rapporti della vita, per quanto dessi si condizionino reciprocamente. L'attitudine ad essere condizionato e quindi il reciproco determinarsi di quanto (in realtà o nell'intenzione) sussiste contemporaneamente, nonchè la determinazione ha luogo secondo uno scopo necessario o liberamente proposto. Dal che ne segue potersi svariatamente concepire la determinazione. O sussiste in principio la esatta destinazione delle tre parti, della persona, della cosa e del rapporto, ovvero l'una di essa non è per anco determinata, ma da circoscriversi. Quinci scendono degli importantissimi rapporti, nella scienza assunti svariatamente senza esattezza, rapporti, che sono da esporsi più da presso secondo le loro specie principali.

a) La indeterminazione *personale* cui necessita circoscrivere, può occorrere in un lato del rapporto giuridico, quando il di lei modo di concretarsi dipende da condizioni o promesse. Da ciò si compone:

α. La diatriba sulla persona giuridica della *hereditas jacens* del diritto

romano, diatriba insorta da questo che tal diritto non passa come fa il tedesco, immediatamente la sostanza nell'erede, nè dopo gli acconsente la rinunzia all'eredità, ma invece esige da prima l'adizione dell'eredità, in modo che tra la morte del lasciatore i beni e la dichiarazione dell'erede, pare la sostanza non abbia soggetto. All'intento di colmare siffatta lacuna il diritto romano pareggiò alla persona, la *hereditas* (*quæ personæ vice fungitur*). Se non che il personificare la sostanza, finzione comoda ma ledente il massimo dei principii giuridici, torna del tutto inutile, quando venga apprezzato razionalmente l'istante della determinazione della persona. Quanto venne lasciato dal defunto riman sempre destinato per una persona, e se altra non ve ne avesse, per quella dello stato cui potrebbe pervenire in mancanza di chi vi avesse diritto. Cionullameno è la persona prestabilita o per testamento o per legge; havvi sempre un successore, e del resto si ha la certezza preventiva ch'esso non mancherà. Questo successore che verrà indubbiamente determinato, quantunque sia reale soltanto all'attuarsi di certe premesse, gli è la persona, il soggetto della sostanza, e (senza riguardo al caso di devoluzione allo stato) la è sempre un'autorità dello stato che tutela il testamento e sanziona il diritto di successione intestato, autorità che amministra la sostanza per i prossimi successori. Impertanto la successione si collega in modo ideale immediatamente colla morte.

β. In simil guisa si tratta com'è il caso della fondazione. Qui si volle con novella finzione rappresentare lo scopo come una persona giuridica; e del resto non è dato apporre verun significato giuridico alle persone indeterminate, ma invece a quelle suscettibili di determinazione. Impertanto nella fondazione è il soggetto un complesso ideale di persone determinabili, in parte esistenti, in parte future, alle quali spetta raggiungere lo scopo: così i poveri, gli orfani, gli ammalati ecc. (v. § 22).

γ. Rapporto simile ha luogo nel diritto sugli obblighi. Chi p. e. promette un premio per un'opera letteraria, un'invenzione ecc., fa in origine soltanto un'offerta, alla quale tuttavia egli rimane tenuto secondo la natura della cosa, in conseguenza dei lavori cui egli dà un altro provocò. Soltanto allora è stretto un contratto, quando una o più persone per un determinato corrispettivo, p. e. per la consegna dell'opera, hanno formulata l'accettazione del patto, dopo di che resta ancora a vedersi se furono adempite le condizioni. E nel caso nostro del contratto col pubblico, ovvero *cum persona incerta*, si accolse un'erronea opinione, avvegnachè la stipulazione non sussistesse neanche da principio, ma vi avesse solo un'offerta, la quale tuttavia, come del resto in altra guisa gli è il caso trattandosi di un'offerta fatta in iscritto, non può essere ritirata se non dopo un certo lasso di tempo. Lo stesso avviene come si offre a comperare una cosa, sia per editto, sia per licitazione. — In tal modo la cosa gittata tra una moltitudine è designata per quegli che la prende il primo.

b). La indeterminatezza della cosa e dell'oggetto del diritto la quale è a circoscriversi, non eccitò ne' giurisperiti verun pensiero, quantunque l'oggetto sia nel rapporto giuridico tanto essenziale, quanto il soggetto, la persona. Nè giammai insorse il dubbio che un contratto possa essere perfetto, quand'anco la cosa abbia ad essere determinata secondo un solo lato, il che può avvenire tanto per la scelta del debitore o del creditore, quanto per un terzo, ovvero per un avvenimento fortuito.

c). La indeterminatezza da determinarsi può colpire, quantunque in rari casi, lo stesso *rapporto giuridico*. Si può p. e. promettere altrui o di donargli, sotto date promesse, o di vendergli a prezzo stabilito la cosa. Nel diritto sulle cose un recentissimo giureconsulto (Böcking) credette, nel che ebbe ragione solo in parte, riscontrare nel contratto di proprietà tanto difficile a venire esattamente determinato, che la proprietà fosse il dominio per sé indeterminato, ma (eminentemente) determinabile sovra una cosa, mentre la servitù esprimerebbe ognora un potere limitato su d'una cosa altrui.

10. Le categorie strettamente connesse alla categoria della relazione, cioè quelle del modo di essere o della *modalità*: la necessità, la possibilità e la realtà, ed i loro contrapposti: la causalità, l'impossibilità e la non-realtà, vengono nel diritto vastamente applicate, però che la vita riflettentesi nel diritto, si forma e svolga secondo tutti i rapporti vitali in questi modi di essere, e quindi appaiono in essi le precipue e secondarie determinazioni del diritto.

11. Foggiandosi la vita esternamente nel *tempo* e nello *spazio*, anco i rapporti giuridici si svolgono in queste forme di sussistenza. Ma tempo e spazio non sono se non prete forme fenomenali tanto dei rapporti della vita che di quelli del diritto, per il che non hannosi a riguardare rapporti giuridici, nè secondo la origine e durata loro, nè secondo la loro fine. Impertanto nella prescrizione ed usucapione non deve tenersi il decorso del tempo per ragione fondamentale, ma invece riguardare la trascuranza nell'esercizio di un diritto ed il rispetto per la sicurezza dell'incrocciarsi de' negozii. Ma se anco i rapporti giuridici non si vengono formando per virtù di tempo, convien però si abbiano accurata determinazione in armonia al loro intero trascorrimento nel tempo, con riguardo al principio, alla continuazione, all'effetto, ed alla promossa domanda ecc. Ciascun rapporto giuridico forma nella riunione di tutti questi momenti un'*unità*, che si scompone soltanto in varie direzioni, delle quali ciascuna secondaria e qualsivoglia lato stesso convieu sia novellamente determinato in modo giuridico.

12. Finalmente occorre ridurre alla propria relazione ciascun rapporto giuridico di contro alle altre sfere della vita, in particolar modo alla cerchia morale, economica e pubblica giuridica, dando quindi peso al principio del *dovuto rispetto* (fin qui applicato per lo più, quantunque non

sempre con esattezza, nel diritto tedesco) principio richiesto dall' intrecciarsi e condizionarsi in tutte guise dei rapporti vitali. Questo rispetto non è per fermo cosa esterna o straniera al diritto, ma appartiene alla natura di questo come ad un principio di vincolo e di collegamento dell'ordine e dell'armonia nei rapporti della vita. Per la qual cosa verun diritto come s' ebbe un qualche sviluppo non poté trascurare assolutamente esso rispetto, ed il progresso del diritto romano, che meno degli altri ad esso principio s'attiene, offre l'ingagliardire ed estendersi della considerazione de' rapporti morali, economici e pubblici giuridici. Del resto fa mestieri ricercare un principio pratico, direttivo e che detti norma a questi rispetti, aumentatisi col crescere dell' intima energia propria ai vincoli organici della vita; e tale ricerca è resa necessaria perchè altrimenti alcune esigenze ideali che per sè son giuste, ma alla cui altezza non è dato alla vita sollevarsi, verrebbero inceppando ed opponendosi ad essa vita. Siffatto principio pratico non trovasi altrove che nel *costume* e nella *soiluppata coscienza pubblica*. A questa devesi quindi acconsentire l'attitudine di rivelarsi nel diritto, ond'è che alla legislazione sia necessaria una rappresentanza rispondente allo stato di morale incivilimento, nonchè torni di sommo interesse l'ammettere il diritto di consuetudine in cui si specchia il costume.

In siffatti concetti fondamentali o categorie accennate qui solo in modo generale e per nulla completo, categorie applicate nei rapporti di diritto e variamente tra loro congiunte, è porta la base del metodo giuridico (1). Siffatto metodo si manifesta, non altrimenti del diritto, foggiato secondo i rapporti della vita, e sendo che siffatti rapporti sussistono realmente e veramente, così anch'esso il metodo converrà appoggi alla verità e s'argomenti escludere o eliminare qualsivoglia fazione. E per certo la fazione consiste sempre nell' avere un fatto in opposizione assoluta alla realtà, onde poscia congiungergli del rapporti giuridici. Nel diritto romano le numerose fizioni si spiegano dalla natura di sua origine e perfezionamento. I pretori non aventi forza di abrogare di per sè una legge, erano astretti lorchè non bastavano le più rimote analogie giuridiche, a fingere spesse volte dei fatti, per stabilire nuove determinazioni, come se queste si ritrovassero già comprese in una pratica massima giuridica (p. e. la *fiction* della *lex Cornelia*, dell'*actio Publiciana* ecc.). I giureconsulti batteano le stesse orme, stabilendo nel loro teoretico sistema sugli obblighi i quasi-contratti ed i quasi-dellitti, però che ignorassero il profondo e più rispondente fondamento giuridico di tali rapporti. Nel sistema del-

(1) Queste categorie ebbero in seguito ad essere applicate in modo sistematico a tutte le parti principali del diritto, alla persona, all'oggetto ed al rapporto stesso; ma uno sviluppo tanto parziale non è di quest'opera, e solo la teorica sulle cose venne avanti trattata in qualche guisa e brevemente secondo tali categorie.

l'attuale diritto romano vennero tali finzioni recate fra i concetti e suddivisioni più acconce, mentre altre invece rimasero immobili e lumeggiate ancor più intensamente. Ma il moderno spirito critico, che emana dal senso e dalla tendenza del vero, mosse a codeste finzioni una guerra che sempre più incalorisce, e specialmente osteggia quella della così detta persona giuridica, *l'hereditas jacens* (1). E non verrà attinto alla meta di questa pugna, non saranno eliminate tutte le finzioni della sfera del diritto, se non quando si assumerà il principio del diritto completamente in tutte le sue parti essenziali, e ad un tempo avrassi anche in tutte le quistioni una conoscenza esatta dei rapporti della vita.

Che se le finzioni erano nel diritto romano elemento di progresso, a tempi nostri invece sono inciampi che abbarrano il cammino alla verità ed alla scienza (2), imperocchè ciascuna concezione giuridica conven s'appia colpire un rapporto della vita così come sussiste nella realtà, e questa si è la sola retta via del diritto.

(1) Essa viene specialmente avversata da Windscheid nella « rivista critica » v. t. p. 101, e da Koppen il quale nel suo scritto « la eredità » descrive la finzione in generale come un' « astuzia o gherminella » giuridica. Lo stesso Savigny, « sistema dell'attuale diritto romano » vol. 2. § 102, ebbe a dichiararsi contrario a questa finzione; all'incontro Jhering negli annali per la dommatica del diritto, vol. 1. piglia a proteggere novellamente e considerare quat persona giuridica questa povera *hereditas jacens* del resto bersagliata a sufficienza. Ma essa trovasi nella cerchia del diritto come un'elemento straniero, cui conviene eliminare o ridurre sotto regole acconcie.

(2) Kuntze nell'opera: « l'obbligazione e la successione singolare » ecc. 1850, p. 88, ebbe a chiamare con fantastico elogio le finzioni: « la terra degli spiriti del diritto »; ma invece esse non sono che aborti di una scienza ancora offenebrata nei principii e simili a tuci fatue conducono a smarrire il retto cammino. Più che gli altri Berger luo. cit. (p. 81) dilungossi dal vero, sendo che assuma la finzione per « una idealizzazione di una qualità giuridica, per un *substrato di fatto* a cui quella qualità giuridica non appartiene per cui vengono fin dal principio ridotte a tante finzioni tutti i concetti giuridici e della persona e della cosa, anzi fin'anco tutti i concetti della lingua, però che essi possano condurre ad ideare qualche realtà (v. all'incontro Unger nei fogli austriaci per la letteratura e l'arte, 1850, N. 30 e 31). — Bisogna schivare di confondere le finzioni colle *presunzioni* che son pur necessarie nel diritto intorno a cui Berger luo. ci. fece delle buone osservazioni. Esse le sono ben diverse dalle *ipotesi* ammissibili nelle scienze, ovvero dalle assunzioni *preventive* in via di esperimento, che tuttavia non devono mai escludere la possibilità dalla prova; del resto le finzioni non tornano per nulla giovevoli alla scienza, avvegnacchè conducano sempre e più o meno a gravi errori. Così nelle scienze naturali il principio degli atomi non è per fermo un'ipotesi, ma una finzione, come quello che trovasi in opposizione al concetto ed alla realtà della materia, ne ha per sè prova alcuna, ma invece è tale che oscura il concetto dinamico di natura e della vita di natura, porge le più gagliarde armi al

Il metodo giuridico si muove per entro a tre speciali funzioni, che esso ha comuni con tutte le altre scienze. E tali funzioni sono: l'*analisi*, la *deduzione* e la *costruzione*. Dall'analisi naturalmente incominciassi in ciascuna scienza. Nel diritto spetta ad essa l'indagare accuratamente e anatomizzare i rapporti della vita che devono ricevere una giuridica determinazione o coordinamento, e studiarli nella loro intima natura nonchè in tutte le relazioni condizionanti. L'analisi fa mestieri sia preceduta dalla conoscenza della *cosa* e della *classe*, conoscenza cui spetta al giuriconsulto procurarsi in generale od almeno per mezzo dei relativi rapporti, occorrendo pure che esso giurista esercitato com'è nelle discipline di diritto ricavi da siffatti rapporti l'elemento giuridico. Onde p. e. determinare la natura giuridica di una banca di giro, occorre conoscere esattamente i rapporti bancarii in generale ed in particolar modo quelli della banca di giro; in tal caso scorgerassi di subito (nella deduzione e nella costruzione) come essi s'abbiano la determinazione secondo il concetto giuridico della comproprietà (1). Lorchè è compiuta l'analisi della cosa, fa mestieri indagare il rispondente concetto giuridico, ed estrarre o derivare cioè *dedurre* dallo insieme de' ben noti principii, quanto spetta ai riconosciuti rapporti. Così potrebbe avvenire nel porto esempio si affermasse da prima il concetto giuridico della società; ma la più accurata osservazione condurrà alla più speciale maniera di essere della società, maniera d'essere appoggiantesi alla comproprietà; e da ultimo sorgerà il dubbio se il rapporto non sia prettamente dei comproprietà, nè abbisogni d'essere lumeggiato da quello di società. Compiuta che sia l'analisi, e trovato in generale il rispondente concetto giuridico, comincia la *costruzione* in guisa, che il concetto giuridico afferrato innanzi, viene armoneggiato talmente secondo tutte sue parti specifiche con tutti i rapporti conosciuti analiticamente, che fra loro si stabilisca una completa sicurezza. In allora la costruzione troverassi avere unità, verità e completamento. Ma fin qui nella scienza giuridica non si fe' luogo per veruna istituzione principale a completa costruzione; così di questa sono

materialismo, e finalmente inseguito all'esempio di Leibnitz, Kant, Schelling, ecc. vien combattuto anco dal più distinti naturalisti come errore ed inceppamento. Di tutte le finzioni può ripetersi quanto disse Kant di questa finzione nei suoi « iniziamenti metafisici alla scienza di natura ». I. Augusta (p. 99) 1786: « Il vuoto assoluto ed il denso (atomo) assoluto sono nella scienza naturate presso a poco ciò che il cieco caso e destino nella scienza metafisica del mondo, un ostacolo alla signoreggiante ragione, onde la forza inventrice non occupi il posto che le spetta, oppure perchè sia addormita sovra un guanciale di oscure qualità. »

(1) Jhering negli animali per la dommatica dell'odierno diritto (p. 44); ma dagli economisti nazionali venne codesto conosciuto innanzi; v. Kudler le « teorie fondamentali dell'economia nazionale », v. I, § 170, ove osserva che qualunque interessato in una banca, « divien realmente comproprietario della sostanza bancaria per la somma accreditatagli ».

mancanti e il possesso, e la proprietà, e la servitù, e il diritto pignorizio, l'obbligazione e lo stesso contratto. Tutti questi concetti giuridici rimangono tutt'ora indecisi e attendono la vera costruzione che non può effettuarsi senza una profonda teorica filosofica giuridica, ed una profonda indagine de' rapporti della vita. E a tale più esatta costruzione dei concetti fondamentali è intesa principalmente l'opera nostra.

Siffatto metodo completo, attuato in regular guisa secondo tutti i momenti generali e speciali del concetto, ed in armonia alle tre funzioni, si stacca essenzialmente da tutti i metodi esclusivi fin qui apparsi, e seguiti per lo più senza il limpido lume di principi direttivi. Non altrimenti dell'antico metodo di diritto naturale erroneo senz'altro, perchè privo della vera indagine e conoscenza dei rapporti vitali, nè secondo la loro natura, e tanto meno in conformità all'esperienza, trattava tutti i rapporti come fossero stati concetti astratti; anch'esso l'odierno metodo romanesco opera con il concetto giuridico affatto incompleto, e le insufficienti categorie della vita (1). E così la pretesa recente di un metodo *naturale scientifico* del diritto, si fonda sul difetto d'intuizione, però che non s'avveda come ogni scienza che si riporta ad una sfera vitale essenzialmente diversa, viva di un proprio metodo, comunque per la suprema unità di tutte le scienze, sieno comuni ad ogni metodo certi concetti fondamentali e le tre essenziali funzioni. Non sendo il diritto per veruna guisa oggetto appartenente alla natura, ma bensì un concetto etico, il metodo proprio a scienza naturale torna a lui inapplicabile. Che se i romaneschi studiarono più da presso i rapporti della vita ed in molte materie rifiutarono l'insufficiente costruzione che appoggia a romani concetti, non furono però mai da tanto di condurre alla perfezione un metodo indipendente e completo. Il tentativo di introdurre il metodo

(1) *Jhering* nel suo lavoro: « Il nostro problema » negli annali per la dommatica, nel quale brillano de' confronti vivaci, ma troppo erronei, sostiene al contrario riscontrati nel diritto romano tutti i mezzi accetti ad una costruzione giuridica, e il dubbio che l'avvicinarsi degli affari sia per arrecar qualche cosa di assolutamente nuovo, esser vano non altrimenti della credenza che si possano al presente scoprire degli animali di siffatta natura da riescire impossibile collocarsi nel sistema della scienza attuale. Se non che la giurisprudenza quantunque viva da secoli, trovasi in un posto inferiore di molto a quello delle scienze naturali moderne, avvegnacchè dessa che non è guari credea trovarsi accolta il diritto in generale (quale « diritto universale ») nel corpus juris, s'agitò ancora nell'epoca scolastica, epoca in cui la scienza naturale anzichè ricercare senz'altro la vita di natura, votea attingere i proprii veri ai libri di Aristotele. *Jhering* con altri sforzasi ora appunto a superare questo punto di sosta, ma tuttavia sarà astretto a confessare, che tanto il diritto romano, come pure quanto emana da lui ha mestieri di essenziale completamento.

di Hegel nella scienza giuridica vacillò sin sulle prime e rivelossi ben presto per chimerico, sendo che quel metodo per la sua erronea pretesa di derivare meramente dalle categorie a priori la costruzione, si basava ovunque sovra un contenuto raggranellato e mendicato dalla esperienza e dalla vita, le quali conveniva all'incontro studiare innanzi analiticamente, indi senz'altro secondo le categorie. Del resto ne dilungheremo anco maggiormente dal vero se nella scienza del diritto ne pigliasse vaghezza del metodo tenero di analogie e paralleli foggiate sulla prisca filosofia di Schelling, onde è vero che si scoprirebbero con molto spirito parecchie direzioni parallele alla vita di natura, ma non si riuscirebbe per nulla a determinare i rapporti in armonia alla severità dei concetti giuridici (1).

Il vero metodo non altrimenti del diritto stesso bassi a formare ad imitazione dei rapporti della vita ne' quali si specchia non solo il lato naturale, ma l'intero carattere etico della vita, nonchè lo scopo dell'uomo e dell'umana società

(1) Con ciò accenno al recentissimo tentativo di Kuntze (v. l di lui scritti; « Il punto novello delle scienze giuridiche » 1888) d'introdurre nella scienza del diritto un metodo simile a quello della filosofia naturale di Schelling. Quanto il suo primo lavoro « sull'obbligazione » ecc. malgrado la prolissità porge la prova d'un ingegno giuridico ricco di profonda erudizione e gagliardo; altrettanto questo piccolo scritto contenente molti vivaci pensieri, presenta il tentativo di svolgere da senno il sì celebrato « studio di natura e metodo delle scienze naturali », anzi di applicare nel metodo il predominante concetto del diritto quale « prodotto di natura » (incremento naturale p. 86), concetto che è tolto senz'altro dalla scuola storica. Ma lo sforzo di Kuntze non verrà appoggiato se non se dai naturalisti. Del resto fa mestieri che l'errore venga cercato nel punto di veduta fondamentale. Come è da apporsi a sommo vanto di Hegel nella filosofia, l'avere dal fantastico metodo di Schelling troppo vago di applicare a tutte le scienze l'analogia o il parallelismo, ricondotto il pensiero ad una severa disciplina forte di profonde determinazioni di concetti e categorie; non altrimenti si ha da tenere per condizione necessaria al progresso nel metodo giuridico, il ricercare i veri concetti che indicano immediatamente e non solo a mo' di comparazione la cosa, e lo studiare tutti i rapporti giuridici nelle loro basi intime, sendo che la stessa analogia giuridica, quantunque di somma importanza e tale da considerarsi come una funzione « della giurisprudenza elevata », esiga sientepremessi i profondi principi del diritto; onde essa s'abbia ad un tempo ed una solida base e la dovuta limitazione.

PARTE GENERALE DEL DIRITTO PRIVATO

SVILUPPO DELLE TEORICHE GENERALI DEL PRINCIPIO, SOGGETTO
ED OGGETTO ORIGINE E CESSAZIONE E DIFESA DEL DIRITTO
E DEL POSSESSO.

PRIMA SEZIONE.

§ 1. *Delle più importanti massime e precetti giuridici scendenti dal principio del diritto privato.*

Il diritto privato impronta, secondo il concetto stabilito, il suo carattere distintivo al momento della propria determinazione, ovvero alla libertà (autonomia), in guisa tale che anco gli scopi riposti nei rapporti della vita e del diritto vengono assoggettati siffattamente alla libertà, da essere concessa a ciascuna persona la libera *scelta* dei fini e dei mezzi giuridici onde essi fini incarnare. Tuttavia al diritto privato non altrimenti che al pubblico non è permesso declinare dagli scopi. Imperocchè se anco nel diritto pubblico servi di norma al comune vantaggio lo scopo oggettivo, mentre nel diritto privato il soggetto sceglie liberamente gli scopi; tuttavia gli scopi di diritto privato formano per ogni istituzione giuridica, come è a dirsi della proprietà, della servitù, dei contratti, la norma fondamentale che vien serbata dalle leggi assolutamente imperanti o divietanti. Quinci si scorge quanto erronea sentenza sia quella di tenere i rapporti di diritto privato per semplici relazioni di forza o di potere. Anch'essa la giuridica potenza privata convien si subordini da prima ai principii giuridici generali, e soltanto poscia alle norme giuridiche emergenti dalle speciali istituzioni di diritto. Gli è quindi che il diritto non conceda ad una persona nulla più della scelta tra scopi che ritrovansi in sè giuridicamente determinati; ed essa persona dipende dalla propria volontà ogni qual volta soppone al diritto p. c. de' beni rurali per permuta, compera, fitto ecc. Ma come una volta ella ha scelto, non può di certo sottrarsi alle condizioni derivanti dalla natura di quelle istituzioni. Importanto ben vedesi essere il diritto privato dominato dalle norme obbiettive indipendenti dall'arbitrio, emananti o dalla *natura*, cioè dall'interno *scopo* d'una istituzione, o dalla necessità di sostenere il *vincolo organico* del diritto unitamente a tutti gli essenziali principii della vita, alla religione, alla morale, al bene economico nazionale ecc., o da

un pubblico interesse giuridico scendenti. Siffatte norme costituiscono il contenuto delle leggi imperanti o proibitive; laddove altre legali determinazioni che non seguono per necessità quei rapporti, entrano nella sfera della libertà o del potere personale, vengono applicate siccome leggi dispositive o permissive *eventualmente suppletorie* ogni qualvolta le parti non disposero altrimenti, in guisa che il loro carattere si basa sulla *rinunzia* dal lato delle parti.

Le norme di diritto privato scendenti dal principio giuridico sono in principal modo le seguenti:

1. Nessun diritto privato può trovarsi in contrapposizione al diritto obbiettivo. Tutto quanto è a questo illecito (fisicamente o giuridicamente impossibile), ovvero tolto al commercio, non può essere oggetto di diritto privato.

2. Siccome il diritto esprime ognora un rapporto tra persone (singole o idealmente consociate) inteso per gli scopi umani della vita in riguardo ad un oggetto, così ciascuna abilitazione od obbligo può spettare soltanto a *persone*. Tutte le eccezioni che nell'argomento si pongono in una legislazione o nella scienza per mezzo di fizioni, sono una prova che invece di ricercare l'interno fondamento della cosa, il che guiderebbe fosse ad un concetto giuridico più vasto, si plega meglio alla comoda personificazione di una cosa (*hereditas jacens*) o di uno scopo (fondazione).

3. In qualsivoglia diritto o rapporto giuridico havvi sempre un'*abilitazione* ed una *obbligazione*, e questi sono concetti correlativi e formano l'intrinseco di ciascun rapporto giuridico. Sembrerebbe che trattandosi di diritti assolutamente personali e reali, non fosse mestieri che vi avesse ad essere necessariamente di contro alla persona cui spetta il diritto l'altra cui corre l'obbligo. Ma in siffatti diritti non una determinata persona sola, ma tutti deggiono tralasciare quanto lederebbe il diritto della persona abilitata. Così pare anco essere in certi rapporti il diritto esclusivo o la obbligazione vincolata alla cosa, come nelle servitù prediali e ne' pesi reali, quantunque dessi spettino ognora a quelle persone che eventualmente posseggono la cosa (1).

4. Quallsivoglia abilitazione giuridica presuppone nell'abilitato un'interesse giuridico. In che questo debba consistere non venne per anco accennato con esattezza dalla scienza. Per lo più si tiene dover esso ritrovarsi in vantaggio giuridico di beni. Ma di tal modo si verrebbe restringendo di troppo il diritto, con limiti contraddittorli al concetto e scopo suo. Onde decidere per bene la tesi fa d'uopo assumerla da un punto di vista più generale di quello che comunemente non si faccia. Tale quesito accoglie cioè e la determinazione di quanto è in generale

(1) La giusta opinione è propugnata assai bene da *Unger*, § 63.

interesse giuridico, e delle conseguenze giuridiche che scendono come corollari dalla mancata attuazione di esso vantaggio. E ciò avviene perchè si può dare che vi abbia un interesse giuridico la cui effettuazione, a motivo dell'intima colleganza d'essa colla libertà morale che deve essere rispettata eziandio dal diritto, conviene abbandonare alla coscienza morale giuridica. Di giuridico interesse offresi in generale tutto quello che si presenta per condizione rispondente ad un rapporto della vita e che serve alla incarnazione di lecito scopo. Tutti i fini sieno essi religiosi, prettamente morali, scientifici ed artistici nonchè economici, ponno avere un interesse giuridico, quando sieno condizionati per rapporto ed opere atte ad essere apprezzate. Ma si osservi non ammettere i primi degli accennati scopi non rapportantisi a beni reali, nè la coazione all'adempimento, nè altre esteriori conseguenze giuridiche, pel caso non fossero effettuati, però che il vero e supremo interesse sia risposto nella libertà. Chi fa una promessa religiosa che viene accettata da una autorità ecclesiastica, ne fa un'altra giuridica pel cui adempimento resta tuttavia esclusa la coazione giuridica esterna. Nemmeno quegli il quale per morale convincimento segue come vocazione un altro scopo di vita, può essere forzato a prestazioni della sua propria direzione, in cui è determinante l'azione personale (1). Converrebbe fosse in certi rapporti sempre conosciuta a priori la libertà, nè si avrebbe per niun modo a tentare l'obbligazione giuridica pel contratto, ove sono pur decisivi il morale e religioso convincimento. All'incontro fa mestieri ammettere pur sempre le conseguenze giuridiche per un interesse, quando un rapporto, fosse anco precipuamente morale, resta leso da un'opera che è necessaria condizione di esso. Però è la fedeltà nel matrimonio un dovere morale e tuttavia ad un tempo condizione del rapporto giuridico, così che la lesione di essa ogni qualvolta si manifesti in operazioni esteriormente apprezzabili, e che la parte offesa lo voglia, fa mestieri collegare a giuridiche conseguenze. Sono in generale di svariata maniera le conseguenze, nè vi si può ammettere null'altro tranne un parziale adempimento coattivo. Nella stessa guisa che nel diritto pubblico (ove parimenti sorge questione sull'interesse giuridico) può aver luogo lo scioglimento del rapporto e della promessa, la privazione di diritti, nonchè la punizione; anco nel diritto privato può essere conseguenza giuridica, spesso flate insieme a certi svantaggi ne' beni, lo scioglimento della promessa, o l'istantaneo adempimento forzato nei meri rapporti reali (in caso di necessità per la esecuzione giudiziaria o per la stima di azioni che per

(1) Così osserva pure Stahl, filos. del dir. II p. 408, che per lo stesso motivo qualora p. e. una cantante voglia abbandonare del tutto la propria carriera, non debba essere forzata ad adempire alla propria scrittura.

consuetudine hanno valore di danaro). Ma gli stessi beni reali trovansi sì strettamente collegati a' rapporti morali, che il loro prezzo si eleva riguardo a date persone od università, e deve pur essere valutato nelle lesioni. Così devonsi prestare in certi casi il valore di affezione determinato p. e. dalla pietà di famiglia, e viene più severamente punito nel diritto penale il furto di oggetti sacri. Finalmente mercè pena convenzionale è dato congiungere in modo esterno un interesse morale al giuridico, lorchè taluno si sottopone a subire un danno nella sostanza, pel caso che avesse a commettere qualche cosa d'immorale. Gli è per tali ragioni che l'interesse giuridico ha da essere variamente determinato anche per ciò che tocca le conseguenze, in conformità alle varie specie dei rapporti di diritto.

3. Ciascun diritto obbiettivo o rapporto giuridico ha, tanto dal lato dell'abilitazione che dell'obbligazione, un *contenuto* (intrinseco) che vuolsi ben distinguere dall'oggetto (1). L'oggetto è *sempre lo stesso* tanto pel diritto che per l'obbligazione, vale a dire una cosa nel diritto reale, una prestazione nel diritto sugli obblighi. Ma nella stessa maniera che l'abilitazione e l'obbligazione conformatesi assieme, formano l'intrinseco del rapporto giuridico, così ciascun di tali due momenti ha il proprio contenuto. Il contenuto dell'abilitazione (del diritto subbiettivo) è porlo dai speciali *diritti* in essa accolti; quello della obbligazione dalle speciali *obbligazioni* che in essa si racchiudono. Diritto ed obbligo esprimono sempre una relazione del soggetto verso l'oggetto, e se pure questo consiste in azione o prestazione, non coincide però nel contenuto, avvegnachè vi abbia dall'un lato un obbligo a prestare, dall'altro un'abilitazione a pretendere.

6. Al contenuto si riferisce anco l'importante questione, se un diritto sia *divisibile* od *indivisibile* secondo l'abilitazione o l'obbligo. Non attribuenti del diritto obbiettivo che è l'unità suprema di abilitazione e di obbligo, e queste due parti in sè accoglie; ciascun diritto speciale e qualsivoglia abilitazione ed obbligazione è soprattutto un'unità. Può tuttavia essere divisa internamente, quando il diritto speciale comprenda parecchie facoltà e queste spettano a più persone in modo, che ciascun individuo possieda essenzialmente tutti i diritti, per cui l'unità del diritto si riflette nella omogeneità di tutte le parti. Chè se le parti non fossero della stessa natura, nè essenzialmente le stesse, in guisa che all'una spettasse questa, all'altra quella facoltà, in tal caso si scomporrebbe e si scioglierebbe il diritto stesso, e si formerebbe una diversità di diritto di vario carattere e nome. Tuttavia la stessa divisione può essere, senza

(1) Unger luo. cit. p. 400 e seg., incominciò molto bene a distinguere tra loro i concetti più stale confusi di contenuto ed oggetti del diritto; ma egli non ha di mira se non il contenuto del diritto subbiettivo, l'abilitazione.

che svanisce il comune carattere giuridico, quantitativa o qualitativa. Così la proprietà, in cui ciascun comproprietario possiede le stesse facoltà sebbene in varia misura (1/2, 1/3, ecc.) fonda una divisione quantitativa della proprietà; laddove la così detta proprietà divisa, ove parimenti spettano al signore diretto ed utile gli stessi diritti sostanziali, sotto però il predominio dell'uno o dall'altro a seconda delle varie direzioni, appoggia sovra la divisione qualitativa. Anche l'usufrutto è un diritto divisibile, però che possa spettare in varie parti quantitative a più persone (*frui pro parte possumus*), mentre il diritto di uso, almeno secondo il diritto romano (*uti pro parte non possumus*), e le servitù prediali sono indivisibili. Nel diritto sugli obblighi riscontriamo ugualmente certe prestazioni divisibili in modo quantitativo o qualitativo; quindi il credito di cento fiorini è divisibile in quantità, ed una pretesa scendente da un contratto di fitto la è eziandio in qualità, però che questa si riferisca tanto al prezzo, quanto ad altre obbligazioni economiche (p. e. di conservare in buon stato la cosa). In tali rapporti obbligatorii è data pure la possibilità del parziale adempimento. — Né si deve confondere la divisibilità del diritto con quella dell'oggetto, sendo che possa darsi sia il diritto diviso e l'oggetto indiviso come nella comproprietà; e viceversa, che è il caso dell'indivisibile servitù prediale in rapporto al fondo divisibile. Dalla divisibilità del diritto conviene pure distinguere la divisibilità nell'esercizio. In fatto son tutte le servitù prediali indivisibili, ma parecchie di esse sono atte ad essere divise in guisa nell'esercizio, da esservi parecchi fondi dominanti, i di cui proprietari esercitino la servitù contemporaneamente, o in prestabilita misura, ovvero alternamente, p. e. il diritto di attingere acqua.

7. L'esercizio del diritto obbiettivo consiste nell'attuare col fatto le facoltà inerenti al contenuto del diritto, e comprende in sè (1) tanto la rinunzia e l'alienazione, quanto il consumo. All'intento dell'esercizio del diritto è prezzo dell'opera far emergere le seguenti fondamentali massime giuridiche (2):

a) Nel diritto ad uno scopo, si include anco l'abilitazione di impiegare a tale intento i mezzi in sè leciti.

b) Nessuno può venir forzato ad esercitare il proprio diritto; tuttavia dal non esercizio scendono tal flata necessariamente degli svantaggi (p. e. perdita del diritto nell'*ager desertus* secondo il diritto romano, prescri-

(1) Unger loco. cit. p. 613, non vuole d'accordo con Arndts tenere per esercizio d'un diritto, l'alienazione di esso; ma l'esercizio si rapporta alle esteriori relazioni giuridiche, in cui è compresa l'alienazione (v. in relazione il diritto di proprietà § 28).

(2) V. intorno a ciò. Seuffert, 3. ed., v. I., e specialmente Unger, p. 614 e seg.

zione). — All'incontro nel diritto pubblico, ove non già la propria determinazione, ma lo scopo si è il principio determinante, fa mestieri apporre per giusto concetto, a ciascun diritto (che si riferisca sempre ad un interesse pubblico) un obbligo di esercizio, e a qualsivoglia obbligo un diritto.

c) All'abilitato è concesso esercitare entro i limiti legali il proprio diritto in tutta la estensione. quand'anche ne derivasse un grave peso all'obligato, ed un danno ad un terzo (*qui jure suo utitur nemini facit injuriam*); e di tal guisa secondo il principio della propria determinazione, il quale riceve in ciascun diritto privato positivo maggiore o minore estensione, è concesso fare di un diritto un uso ragionevole, od irragionevole, morale od immorale. Questi due principii restano però soggetti a quelle limitazioni che i diritti positivi mettono in diversa gradazione in riguardo ad altri rapporti etici, sia che si tratti di doveri universalmente umanitarii, o sia il caso di speciali (p. e. nell'esecuzione a carico dei poveri, il *beneficium competentiae*), ovvero in considerazione dell'interesse economico nazionale. Fino a qual punto sia dato condurre siffatte restrizioni, riesce impossibile fissare in astratto. Esse formano una linea cangiante per viste morali e giuridiche, e per l'intera civiltà di un popolo. Nè è a credere, come fu opinione da taluni accolta, elevarsi a diritto in una maggiore limitazione della sfera di libertà, quanto apparteneva alla sfera morale; ma invece si sottrae qualene cosa che è per sè diritto, alla sfera di libertà privata, giuridica e subbiettiva, sottoponendola ad un coordinamento obbiettivo e di pubblico diritto. Quindi novellamente tracciarsi i confini tra il diritto privato ed il pubblico. Del resto l'aberrazione (che può agevolissimamente nascere da questo sviluppo) di un socialismo limitante in modo indebito la sfera di libertà individuale, movendo dal basso all'alto, si evita coll' introdurre nella legislazione l'abilitata rappresentanza del costume e della opinione pubblica più colta.

d) Niuno può trasferire ad altri maggiori diritti di quelli che egli stesso possiede (1).

Osservazione. Il prettamente morale, non è confondersi col giuridico. Ma nella stessa maniera che la morale assorbe nelle sue formali esigenze l'intero diritto. convien anco che ogni esercizio di diritto sia scal-

(1) Sulla concorrenza e collisione dei diritti che occorre nell'esercizio dei diritti, e su tali concetti in genere, v. Unger, p. 618-634. La composizione della collisione fra i diritti contraddittorii ne' pochi casi ove sussiste, viene rettamente collocata da Unger: 1) nella prevenzione (p. e. *occupantis melior est conditio*); 2) nella completa limitazione nell'esercizio del diritto (p. e. dei crediti privilegiati nel concorso); e nella sorte (p. e. secondo il diritto romano nel diritto di scelta di più legatarii riguardo la specie).

dato dal soffio della moralità, e che ciascun si tenga responsabile in faccia a Dio ed alla propria coscienza morale. Questo che non è più d'un avviso morale, è per essere fruttuosissimo allo stesso diritto positivo.

SECONDA SEZIONE.

§ 3. *Del soggetto del diritto.*

Soggetto, cioè possessore o portatore del diritto non può esserè che l'uomo, perocchè il diritto regola soltanto i rapporti vitali di esseri ragionevoli. L'uomo il quale pel principio divino a lui inerente è scopo a sè stesso, si chiama persona. Questa personalità è data da Dio all'uomo in un colla natura propria ad esso uomo, e venne in tutta la di lei dignità apprezzata dal cristianesimo e dalla civiltà etica e giuridica, sì che trovassi essere antecedente e superiore ad ogni istituzione positiva giuridica e di stato (1). Al diritto positivo corre dovere di riconoscerla e sanzio-

(1) Secondo la opinione della maggior parte dei moderni romaneschi, l'uomo non deve essere persona che solo in quanto è riconosciuto giuridicamente capale dal diritto positivo di uno stato. In una esposizione del puro diritto romano, tale opinione ha la sua storica verità, sendo che lo stato in generale venne posto al di sopra dell'uomo e della personalità umana, e vi avevano per la schiavitù degli uomini che non erano persone nè esseri atti al diritto. Ma l'attuale nostro diritto non si migliora per certo, col propugnare delle idee pagane e l'opposta vita romana, che sol s'addice a popoli che serbano ancora la schiavitù, ed è avvenuta del tutto dal cristianesimo, il quale la persona umana a motivo del di lei principio divino ed immortale collocò sopra lo stato, e ripugna pure alla scienza cristiana umanitaria, che rese dominante nella vita e nella legislazione il principio, l'uomo come tale essere persona e possedere de' diritti innati. E il voler climicare, come tentò Unger nella sua teoria della persona e del diritto personale, tal massima fondamentale, riescirebbe tanto più dannosa in quanto ella passò nella legislazione (come nel cod. civ. aus. § 14) quale avanzo dell'antico diritto di natura. Se la cosa non fosse troppo importante per sè e per le conseguenze sue, sarebbe nullo considerare tale opinione quale l'olometro morale delle romanesche moderne vedute giuridiche. Tale opinione è pure connessa con tutta (internamente conseguente) la scimieria del paganesimo greco e romano, di cui la prima rivoluzione francese ne porse la rinnovellata rappresentazione. Siccome a Roma un Dio non veniva riconosciuto e venerato se non se per mezzo di una legge, così anche al presente non si vorrebbe ammettere Iddio che per impero di leggi. Sendo che il giureconsulto convien rifiuti assolutamente tale stoltezza, così si guarderà anco dell'incappare in errori simili. Come Dio è il fondamento primitivo, così anch'essa la persona creata da Dio e animata dal suo spirito divino ed immortale, sarà la più vicina base tanto della morale, quanto d'ogni altro diritto. Con tale convinzione operavano i prischì Cristiani dell'era nuova, come quelli che si avevano

nare contemporaneamente i diritti già stabiliti della personalità. Quindi è la persona umana il *fondamento* subbiettivo dei diritti, ed in lei trovisi la permanente *possibilità* dei diritti, ed essa quindi si abbia perenne *attitudine giuridica*, che tuttavia non esiste mai astrattamente come solo possibile (*potentia*), ma si manifesta pure nella vivente natura umana secondo date tendenze come reale abilitazione (1). Da codesta abilitazione originaria emanano eziandio secondo le costanti qualità della persona e le vitali ed essenziali tendenze dell'operosità, de' diritti personali *originarii* (§ 20), che poi dal canto loro formano la base de' diritti personali derivati, diritti che richieggono un'operazione personale. Gli è quindi un soffermarsi arbitrariamente nell'astrazione il considerare gli speciali diritti personali per semplici « modificazioni della capacità giuridica » (2). Al postutto le stesse pure determinazioni della capacità giuridica, sono della medesima natura delle abilitazioni: e siccome la non è la personalità una mera astrazione, ma sendo che si manifesti in modo spirituale e corporale con permanenti qualità sempre fondate nella natura

anche per la religione loro una comunione religiosa giuridica regolata, nonchè un diritto ecclesiastico, pria ancor che lo stato riconoscesse esse istituzioni. E deve poi tornar stranissimo il vedere anco dei dottori di diritto canonico propagare con vigore sommo quel romanesco pregiudizio. I germaneschi di regola non vi accadettero. Così dice pure *Phillips*, diritto privato tedesco I. § 29, che da prima in Germania, come in Roma, non si teneva secondo gli attuali concetti giuridici, ogni uomo suscettibile di diritto, nè quindi ogni uomo come persona.

(1) Qui ammise giustamente *Bluntschli* luo. cit. § 13, quando dice: « Ciascun uomo come individuo è pure una *persona*, cioè non solo un'essere capace di diritto, ma abilitato, non solo un soggetto giuridico possibile, ma reale. » *Unger*, luo. cit. p. 230, avvisa: « essere arbitraria questa distinzione tra essere idoneo al diritto, ed abilitato. » Ed è invece un'astrazione per nulla legittimata quella di ritenere la capacità giuridica nella persona, senza ad un tempo ammettere l'abilitazione, ciò che per fermo condurrebbe ad ammettere de' diritti personali primitivi. Quella astrazione rivela quindi nella scienza giuridica la stessa superficialità, che nella filosofia si manifesta inerente ai sistemi sensisti ponchè alla filosofia riflessiva (Locke) che a quelli s'avvicina, speculazioni che appongono all'uman spirito soltanto una attitudine a conoscere, e non l'attività primitiva manifestantesi in concetti fondamentali. Intorno a che chi ne avesse vaghezza può ricorrere per più vaste cognizioni all'opera di Leibnitz (contro Locke) « *Nouveaux essais sur l'entendement humain*. »

(2) Questa opinione adottata oggettivamente da *Unger* (p. 184), è coerente ad un modo di vedere molto diffuso nella scienza e nella vita, avente le radici ne' sistemi de' panteisti e de' materialisti (che fra sè hanno parecchi punti di contatto). Come Spinoza considerava l'intero mondo spirituale e corporale per complesso di modificazione di una sola sostanza, Hegel quale insieme di momenti progressivi della idea, ed il materialista tutto tiene per cangia-

dell'uomo nonchè in tendenze vitali, ne viene anco che l'uno e solo diritto personale, e l'una e sola capacità giuridica ed abilitazione, si conforma in permanenti personali diritti speciali, a tenore della capacità giuridica e dell'abilitazione. — Dalla possibile capacità giuridica e dalla reale abilitazione, sussistente dal concepimento (*conceptio*) sino alla morte dell'uomo, è mestieri distinguere la *capacità d'operazione* (detta talvolta capacità giuridica *attiva*, in contrapposizione alla prima, alla capacità giuridica *passiva*), ovvero l'attitudine di stabilire per sè stessi con propria energia di volere dei rapporti giuridici (diritti ed obblighi). La capacità attiva presuppone sempre la giuridica, ma non viceversa, avvegnachè sieno per fermo le persone tutte giuridicamente, ma non tutte attivamente capaci (p. e. i fanciulli prima che tocchino i 7 anni, gli alienati di mente).

Havvi due qualità di persone, le fisiche ovvero gli individui, e le persone *ideali*, le quali diconsi spesse fiate e non inesattamente *persone morali*, a motivo dello scopo etico su cui ognor si basano, ed al presente soglionsi chiamare per lo più *persone giuridiche*, perchè assunte dal lato giuridico. I rapporti scendenti dalla natura di queste persone ideali, oppure quelli che trovansi ad esse uniti nè per niuna guisa separabili, formano ad un tempo la base di *giuridiche* relazioni, e con queste ultime vengono conformemente trattati nel diritto generale delle persone (1).

SEZIONE TERZA.

Dell'oggetto del diritto, ovvero delle cose ed operazioni.

§ 6. In generale.

Oggetto del diritto gli è tutto quanto può venire sopposto al potere di una persona siccome mezzo acconcio a raggiungere uno scopo della vita. Sendo la persona fine a sè stessa, ne vien che sia oggetto ogni

mento della materia, così tal veduta si palesa in molte scienze speciali, ove tutto ciò che havvi di individuale, di determinato si ha in conto di modificazione d'una generalità (p. e. Geoffroy st. Hilaire credea tutte le specie di animali, modificazioni di una bestia primitiva, dal che insorse contesa con Cuvier, contesa di cui fa menzione Gothe). E circa codesto ebbe già Leibnitz, ad accennare ad un'originario *principium individuationis*, che da Krause fu appoggiato a più profonde basi, e che può servire di principio fondamentale onde vincere il panteismo. Il riguardare nel diritto tutti i diritti personali speciali per mese modificazioni dell'unico diritto personale, e dell'unica capacità giuridica, sarebbe lo stesso che rinnegare la svariata diramazione della personalità, per esclusivo esame della persona astratta.

(1) La trattazione dei rapporti universali di *diritto*, e delle persone fisi-

cosa che non è meta a sè stessa, ma si ritrova destinata a servire alla persona. Parecchie fiate si menziona nella scienza e nei diritti positivi (cod. civ. aus. § 283) la *cosa* in genere siccome oggetto del diritto; se non che alla più esatta distinzione torna di maggior vantaggio, l'intendere sotto il vocabolo « cosa » gli oggetti della natura non libera, sceverando da cotai serie le opere effettuate per l'umana libertà. Quindi è che l'oggetto del diritto comprenda dall'un lato le cose, dall'altro le opere. Ma le cose e quelle opere che ponno venire apprezzate secondo un valore della specie propria ai beni, si accolgono spesse volte riguardo alla persona al cui giuridico potere trovansi sopposte, in una *unità*, dal che scende il concetto (1) di *ricchezza* (de' beni materiali). L'importanza di tale nozione risplende ovunque trattasi di sostanza di beni reali, come d'un complesso ideale. — Ciascuna sostanza presenta un valore. Alla sostanza di una persona appartengono però in istretto senso non solo le cose ed i crediti che le spettano (sostanza attiva), ma anco le prestazioni cui ella deve compiere (sostanza passiva). — Il diritto sulle sostanze gli è la totalità formata dalle condizioni, da cui dipende l'acquisto, la conservazione e la perdita della sostanza.

Duplici, siccome vedemmo, si è l'oggetto del diritto: esso consiste in cose ed in opere. Son per fermo le cose la parte più vasta delle sostanze, ma le azioni che ne è acconsentito esigere, non vi appartengono meno, ed hannosi a distinguere delle cose, quand'anche trovano nelle cose un equivalente, e possono apprezzarsi secondo un valor reale. Del resto fa d'uopo badare eziandio a non confondere le operazioni che sono oggetto d'un diritto, con quelle per cui alcuni diritti si stabiliscono. È universal costume il tenere le operazioni soltanto come appartenenti alle obbligazioni; ma invece anche l'obbligo, che per consueto è rapporto giuridico fondato per opere, può riferirsi e a cose, e ad opere. La diversità tra diritto sulle cose e sugli obblighi, non è riposta generalmente in ciò, come suolsi credere, che il primo si riferisca a cose, l'altro ad opere; ma invece, come si è già per noi provato, in questo che il diritto nelle cose esprime l'essere del diritto nelle cose, e il diritto sugli obblighi il diventare del diritto nelle cose e nelle operazioni. Il motivo per cui il

che ed ideali, non appartiene alla parte generale non occupantesi se non se delle singole parti del diritto, ma al diritto personale universale, appunto come convien che nello svolgere l'oggetto del diritto, non vengono espone le sole qualità delle cose e delle operazioni, ma non i generali rapporti giuridici delle stesse.

(1) Intorno la sostanza e circa il diritto sulla sostanza preso in questo senso, v. Savigny, « Sistema dell'odierno diritto romano, V. I. p. 338 » — Tuttavia più volte prima di noi, venne rifiutato l'errore di assumere il diritto secondo il suo obbietto, qual mero diritto sulle sostanze.

concetto dell'essere non può venir riferito alle opere, si è che queste sendo libere per lor natura, trovansi in perenne sviluppo, e costituiscono un dovere, una pretesa. Consideriamo ora le cose e le opere isolatamente quali oggetti di diritto.

§ 7. Delle cose (1).

Cosa, riguardata come distinta dall'operazione, è qualsivoglia oggetto della natura non libera, il quale appaia nello spazio. Le cose hanno in diritto un solo significato, in quanto si può in esse raggiungere lo scopo giuridico. Questo abbraccia esclusivamente la loro idoneità a quegli scopi umani che vengono riconosciuti atti al soddisfacimento di qualche umano bisogno. Presentansi quindi le cose nel diritto secondo la loro qualità di beni (ossia parlando con più esattezza, come beni reali), e però nel loro aspetto e significato economico (privato e nazionale). Per il che il diritto sulle cose gli è pure diritto di economia, quantunque solo di quella parte di essa che si riferisce a tali beni che sono rappresentati dalle cose della non libera natura. Onde avviene che la teorica de' rapporti economici, privati e nazionali sia ad un tempo la base del diritto sui beni reali, e in ciascuna sfera di esso nella proprietà, nella servitù e nel diritto di pegno, vi si debba avere sommo riguardo.

Importanto una cosa determinata giuridicamente, si è ciascun oggetto manifestantesi nello spazio, prodotto dalla natura non libera, il quale trovisi atto ad essere recato a disposizione degli uomini onde soddisfare ad un bisogno. Troppo angusto sarebbe di certo il concetto se comprendesse la qualità della materia o del corpo. L'oggetto della servitù si riferisce per la maggior parte a rapporti, posizioni, effetti di forza nello spazio come p. e. il prospecto, la luce, epperò gli è una cosa, ma non limitata in modo materiale o corporale.

La partizione delle cose convien sia disegnata secondo il *soggetto*, lo *scopo*, le *cose in se stesse*, in quanto sono specie di bene, cioè va tracciata in armonia alle *fonti dei beni* e delle *categorie generali* (§ 2).

(1) La intera teoria sulle cose richiede nelle speculazioni del diritto d'essere scientificamente riformata. Anco in cotai argomento si fece astrazione dello scopo del diritto, che circa le cose gli è economico, nè ebbesi a porvi per base uno scientifico principio di partizione, in guisa che non si scorga onde scendino e a che conducano le divisioni. Ben presto nella mia filosofia del diritto richiamai l'attenzione del lettore sul lato economico, in special modo come parlava della proprietà; lo stesso fece Röder nel suo diritto naturale, Berger accennò alla connessione del diritto colla sfera economica nel periodico per la giurisprudenza austriaca, 1848 vol. I., nonchè nè supplementi critici, ecc. p. 27 e 159. Le stesse speciali divisioni ebbero ad essere trattate da Unger luo. cit. 353-470, con più profondità che non fosse d'uso.

I. In relazione al *soggetto* sono in generale le cose od appartenenti a persone individuali od a morali.

II. Le cose riguardate in rapporto allo *scopo dell'uso* da conseguirsi mediante esse, sono in generale o destinate all'uso umano universale, *res communes*, come l'aria, la luce, il mare e l'acqua corrente, sebbene sovra alcune parti speciali (spazio di luce, d'aria, d'acqua) si possa acquistare il dominio separato; o sono proprie all'uso particolare e quindi atte ad essere assoggettate all'umano dominio. Che se assumonsi le cose in relazione alle più importanti sfere vitali e di scopo dei soggetti, sono in principal modo cose religiose ed ecclesiastiche (*res sacrae et sanctae*), di che tratta il diritto ecclesiastico; ovvero cose di pura sfera giuridica, e queste sono: a) cose dello stato (*res publicae*), o b) cose private (*res privatae*); e le cose di stato si suddividono novellamente in tali che vengono impiegate immediatamente dallo stato stesso per proprio scopo (*patrimonium civitatis*), ovvero in quelle che sotto date condizioni sono di libero uso de' membri dello stato.

III. Fa mestieri sia considerata una cosa eziandio secondo le *fonti dei beni* a' quali essa appartiene, quindi a tenere della *forza naturale*, del *lavoro* e del *capitale*, studio sin qui trascurato. Per lo che siffatti concetti di economia nazionale formano la base di parecchi rapporti giuridici dei beni reali. Anco nel diritto privato non si avrebbe a trascurare la stessa generale quistione giuridica, se e come sia dato coordinare giuridicamente il rapporto tra questi tre fattori della formazione de' beni nei vari rami della produzione. Intorno a tal tesi ne troviamo nello stesso caso che riguardo altre, p. e. quella della proprietà. Siccome la filosofia del diritto e la scienza giuridica ebbe a trattare troppo supartecialmente essi quesiti, così se ne impadronirono le teorie socialiste e li sciolsero in modo contrario. Circa la quistione or ora accennata, basterà osservare che un rapporto perennemente uguale per la distribuzione del guadagno, non può assolutamente malgrado i molti tentativi fatti, essere fissato. Il metro che a tale intento conviene usare soprattutto, dev'essere il valore commerciale o di permuta, così come viene determinato dal *libero accordo* (in prestiti con interessi, nel cottimo, nella pigione, nel fitto), quantunque anche in ciò possa venir limitato il volere ed il contratto e da certe modalità di uniforme esercizio economico (p. e. nessuna fittanza di breve durata), modalità riconosciute per buone e stabilite ovunque (per legge o consuetudine); e da riguardi giuridici morali così come hanno ad essere statuiti specialmente dalle industriali riunioni sociali (1).

(1) Röcher « economia nazionale » I. p. 301 opina giustamente « sussistere in ciascun'epoca tranquilla una pubblica opinione sul guadagno e la mercede, quasi si direbbe, una pubblica coscienza, per cui viene dichiarato come equo il determinato rapporto dei tre rami di rendita; » se non che la pubblica coscienza e l'equo giudizio riesce essenzialmente determinato e svolto da morali convinzioni.

L'uso derivante da una fonte di beni, in diritto chiamasi generalmente *frutto*, che però esprime qualsivoglia vantaggio che reca una cosa. Per lo che vi hanno tre maniere di frutti: a) quelli che nascono dalla mera energia di natura, senza che vi cooperi il lavoro dell'uomo (*fructus mere naturales*), come è a dirsi dei vegetali, e dei nati dalle bestie; b) i frutti industriali (del lavoro) (*fructus industriales*), quando il lavoro umano fu uno de' fattori della produzione, p. e. biade; c) frutti di capitali, p. e. interessi, pigioni, che in diritto diconsi frutti giuridici o civili (*fructus civiles*). Ma questi concetti vengono svariatamente modificati per riguardi giuridici verso lo scopo di una cosa. Nel diritto sono momenti importanti per i frutti; il tempo che trovansi congiunti alla cosa, *fr. pendentes*; la separazione da essa, *fr. separati*; la percezione loro, *fr. percepti*; l'attitudine ad essere raccolti, in quanto si avrebbe dovuto o potuto percepirli, *fr. percipiendi*; la loro sussistenza circa i percipiendi, *fr. exstantes*; ed il loro consumo od alienazione, *fr. consumti*.

Un dispendio fatto per una cosa o da lei originato, chiamasi in generale *spesa*. Se questa avvenne per conservare o cangiare una cosa, in tal caso dicesi spesa in istretto senso (*impensa*); se altrimenti venne fatta in riguarda alla cosa, p. e. per trasporto, chiamasi in tal caso, *sborso*. Nello sborso si suppone una occasione necessaria, laddove le spese ponno aver luogo o per necessità, o per vantaggio, o per vaghezza.

Del *valore*. Tutte cose che sono oggetto di diritto, hanno un valore, cioè un grado di attitudine ad essere usate, il che fa della cosa un bene. Il valore è duplice, valore di uso e di permuta. Il valore di uso (idoneità ad arrecare un vantaggio al possessore che la cosa adopera ad un fine), costituisce per fermo la base a qualsivoglia apprezzazione della cosa, ma il valore di permuta (attitudine d'una cosa ad essere dal di lei possessore rangiata ad altri beni) offre nella vita commerciale e giuridica ben più vasta importanza. Del valore di permuta si fa caso in diritto, non solo in riguardo a rapporti stimati sullo smercio de' beni, ma eziandio in vista alle prestazioni, qualora l'oggetto individuale di esse non possa venir prodotto per coazione, e che quindi devesi apprezzarlo secondo il valore di permuta. La stima avviene allora in *danaro* di metallo nobile (1), che rappresenta e misura tutti gli oggetti de' beni, secondo il loro valore di permuta, e che offre qualità e relazioni economiche e nazionali costituenti la base di parecchi rapporti giuridici.

IV. Anche le *categorie* giuridiche generali vogliansi applicare alle cose, se però con esse vi sieno determinatriel l'intenzione e la *meta* giuridica.

a) Secondo l'unità sono le cose o singole cose *fisiche individuali*, ovvero costituiscono una unità ideale, un *complesso di cose*. Nella estensione di queste ultime si accolgono parecchie cose unite in un tutto idoneo a

(1) Intorno a questo, v. specialmente *Savigny*, diritto sugli obblighi, I § 40.

servire ad un determinato scopo, tutto che si concepisce come insieme collettivo (p. e. gregge, deposito di merci, biblioteca). Anco a codesta unità ideale si aggiunge un significato giuridico, e su di lei ponno aver luogo il possesso (non già quello del diritto romano, l. 30 § 2, D. 41 3), la proprietà, l'usufrutto, il diritto pignoratizio, come anco la tradizione (1), in oltre essa offre di molta importanza nel diritto sugli obblighi e nell'ereditario.

b) Secondo la *totalità* è dato considerare una cosa siccome un intero, e ad un tempo studiarne distinte le parti (p. e. una cosa come *universitas ædium*). Vi hanno tuttavia parecchie maniere di totalità nelle singole cose. Vi sono cose *simplici*, cioè tali che costituiscono un tutto per loro natura, p. e. animali piante, pietre; o che dall'operosità umana ebbero ad essere siffattamente collegate in un tutto, da perdere le parti loro la prisca individuale sussistenza, in guisa che emerga da esse un nuovo oggetto semplice (come avviene nella specificazione). E vi hanno cose *composte*, cioè tali in cui le parti costituenti il tutto serbano la propria isolata sussistenza, per. e. una chiave di una toppa. Come sorgesse dubbio, converrebbe rapportarsi alla saldezza dell'unione. Ciò che trovasi attaccato al muro, si tiene come parte dell'edificio. — In rispetto alla divisione distinguonsi cose *divisibili* ed *indivisibili*, e in riguardo alla divisibilità, la reale, la giuridica, l'intellettuale. Circa la divisibilità reale è di sommo momento pel diritto il conoscere, se a motivo della divisione venga sensibilmente diminuito o no, il valore. La partizione ideale, escludente la reale, trovasi determinata secondo parti meramente pensate, p. e. nella proprietà.

c) In riguardo alla loro indipendenza sono le cose o *assolute* (sussistenti di per sè), ossia *principali*, e queste trovansi essere oggetto immediato di un rapporto giuridico; ovvero cose *accessorie*, ossia tali che non acquistano un'importanza giuridica se non se per la relazione in che possono mettersi con quelle. Tale relazione può effettuarsi in doppio modo; o in base ad un rapporto naturale già per sè sussistente, in guisa che la cosa accessoria sia una parte fisica della principale, o per un qualche scopo venga con questa collegata. Le prime le sono cose accessorie in istretto senso, *accessione*, *accrescimento*; le ultime, *pertinenze*. — Tuttavia le voci: cosa accessoria, accessione, pertinenza ritrovansi applicate eziandio in senso lato non solo alle cose, ma ben anco al *rapporto di diritto*, ed in tal caso in ciò si comprendono specialmente tutti gli accessori vantaggi, pesi e diritti.

(1) Gli sforzi di Unger § 37, diretti a mostrare essere per niun modo possibile i diritti reali sovra una cosa collettiva, appoggiansi ad un concetto sensista dei rapporti, nel che però si ravvisa un regresso cui la vita giuridica pratica vorrà sempre evitare.

d) Giusta la *relazione* (categoria che riguardo alle cose avrebbersi potuto mettere per la prima), le cose per i rapporti interessantissimi che hanno col tutto, sono di qualità *immobili*, lorchè per natura stessa come il fondo, il suolo, o per opera umana trovansi congiunte tanto essenzialmente, da non ammettere passaggio da luogo a luogo senza nocumento della sostanza; nel caso contrario sono *mobili*. I diritti sulle cose che per sè non sono nè mobili nè immobili converrebbe fossero determinati in conformità della natura dell'oggetto a cui si riferiscono; se non che i diritti positivi offrono intorno a tal bisogno varie disposizioni; i crediti rimangono per lo più annoverati fra le cose mobili (cod. civ. aus. § 298). La partizione in cose immobili e mobili acquistò presso il diritto importanza di elemento ordinatore, così che il possesso fondiario è regolato in quasi tutte le sfere giuridiche da ben diverse norme, che non siano quelle ond'è condotta la sostanza mobile. Ed in vero circa il possesso fondiario si vide come nella naturale durata della cosa vi abbia guarentigia per la sussistenza dell'ordine sociale, avvegnachè vi sieno interessati tutti gli elementi sociali cui importa abbiano a serbarsi perennemente, come è a dire della famiglia, del comune, dello stato; laddove i mobili trovansi sopposti maggiormente al volere ed all'impero dell'inviduo.

La divisione delle cose in corporee ed incorporee è inesatta tanto nel diritto romano, quanto in alcuni codici moderni, in quanto che tra le cose incorporee si annoverino anco i diritti, i quali per sè non sono nè corporali, nè incorporei. All'incontro ogni spaziosa cosa può giustamente collocarsi fra le corporee aventi forme limitate, e fra le non corporee, come posizioni di spazio, veduto ecc.

In rispondenza del rapporto della cosa *individuale* verso un *tutto* (quantitativo o qualitativo), distinguonsi le cose in *rappresentabili* e *non rappresentabili*. Le cose che non si considerano determinate individualmente, ma solo secondo la quantità (p. e. l'oro) o la qualità (p. e. un cavallo), hanno nome di fungibili, oppure (da Zachariä in poi) rappresentabili; e non rappresentabili le son quelle in cui il vantaggio è annesso ad essa cosa individuale soltanto. In siffatta partizione la mira principale è l'intenzione e l'interesse giuridico il quale modificasi a tenore dell'essere le cose naturalmente rappresentabili o no, ma che può rendere eziandio parecchie cose (p. e. un cavallo) quando rappresentabili e quando non rappresentabili. — La divisione in cose *consumabili* e *non consumabili* avrebbe ad essere eliminata, in quanto che in riguardo naturale tutte le cose sono atte ad essere consumate (per lo meno *usu minuantur*), e anco pel motivo che l'interesse giuridico che si intende conseguire mercè tal divisione, viene già attuato per la partizione in rappresentabili e non rappresentabili. Di tal guisa viensi determinando con massima sottigliezza p. e. la differenza tra comodato e locazione.

Anco pel partimento delle cose, possono i varii fondamenti di divisione, le categorie essere collegate svariatamente fra di loro.

§ 8. *Delle operazioni considerate come oggetto (1) del diritto.*

1. Un' operazione in generale la è qualunque atto del volere umano. Quest'atto può rimanere nello *interno* soltanto, e si può anco manifestare per semplici *dichiarazioni* o per *fatti*. Indi la divisione delle azioni in *interne* ed *esterne*, e dalle ultime la suddivisione in *dichiarazioni del volere* ed in *azioni del fatto*. La attività del volere *solo interna* è riposta fuori del diritto ed appartiene alla sfera della morale. Ma siccome anco le azioni esterne che si ritrovano essere prossimo oggetto del diritto e del giuridico discernimento, hanno pur sempre il lor fondamento nell'interno, nè sendo pensabile in forza dell' unità ed attività umana del volere una completa separazione tra l'interno e l'esterno; così conviene che lorquando si è manifestato il volere, si risalga in molti casi anco nell'apprezzare giuridicamente una cosa, all'interno, all'intenzione, ai motivi morali dell'opera. Onde ben scorgesi essere un errore sommo quello di staccare completamente il diritto dalla morale. Il diritto non solo penetra immediato nella sfera della morale, ma attende anco una qualche *manifestazione* dell'attività volitiva, per poscia pur esso scrutare il motivo. Lo stesso avviene nel diritto criminale circa i crimini ed i delitti, come anco nel diritto privato ove occorre aver riguardo alla *buona o mala fede*, all' *intenzione*, al *timore*, all' *errore*, all' *inganno* ed alla *colpa*.

2. Sono le azioni tanto opere propriamente dette, quanto omissioni (azioni positive o negative) poichè in entrambi havvi una determinazione della volontà a fare o a non fare.

3. Le azioni esterne spettanti alla sfera giuridica o sono *giuridiche* e quindi *lecite*, od opposte *al diritto* e perciò illecite. Le azioni opposte al diritto distinguonsi a misura furono prodotte con intenzione (dolose), o senza (colpose). Circa le opere che trovansi in contrapposizione al diritto, havvi in generale l'adagio, che niuno può per esse migliorare la propria condizione (*Nemo ex suo delicto meliorem conditionem suam facere potest*); ma tal condizione può invece peggiorare per l'obbligo del risarcimento o pel castigo.

4. Ponno le azioni essere o immediatamente o mediatamente oggetto

(1) Qui le azioni che sono *oggetto* di diritto, vengono distinte più accuratamente da quelle che sono *cause* di rapporti giuridici. La distinzione viene disegnata per certo dai giuristi più vaghi di sottigliezze, però la non si pone per base di una separata trattazione, quale la richiede un prospetto chiaro e sistematico.

del diritto. Lo sono *immediatamente* se per es. vengono pattuite delle opere personali, spirituali o fisiche. Lo sono *mediatamente* quando corre obbligo dare una cosa esteriore per mezzo di un'azione. Entrambe queste specie di opere soglionsi comprendere nel concetto di *prestazioni*, quantunque sia di sommo momento giuridico la differenza che corre tra loro. Lorchè una cosa ha da essere data per mezzo di un'azione, chi possiede il diritto può se l'obbligato si rifiuta alla prestazione, venir posto in possesso immediatamente dal giudizio. Che se devesi prestare un servizio, in tal caso non sendo possibile la immediata coazione, può solo in caso di rifiuto farsi luogo alla stima ed al risarcimento. Ma nemmeno questo è concesso circa le azioni che non appartengono alla sfera del diritto particolare, ma si fa luogo ad un'altra giuridica conseguenza.

5. A tenore delle sfere vitali partonsi le azioni in giuridiche reali ed in principalmente morali giuridiche. Di solito nel diritto privato consideransi soltanto le prime, quantunque anco in essa parte giuridica vi abbiano in special modo nel diritto di famiglia, importanti azioni della seconda specie. p. e. è la fedeltà conjugale, come spesso vedemmo, imposta non solo moralmente, ma anco giuridicamente, ed il violare un tal precetto può condurre a giuridiche conseguenze (p. e. la separazione o lo scioglimento del matrimonio) che non ponno venire apprezzate sul regolo di beni reali.

Le ulteriori determinazioni delle opere per timore, inganno, ignoranza errore ecc., occorrendo anche in quelle azioni che sono le cause di rapporti giuridici, ed in specialità di giuridici affari, verranno trattate in uno ai rapporti giuridici.

Le azioni quali oggetto dei rapporti giuridici, ovvero le prestazioni avrebbero anco in un sistema giuridico molto più diffuso di questo, ad essere considerate in rispondenza alla loro *unità* (singolarità e totalità), *indipendenza* (prestazioni principali ed accessorie), *interezza* (indivisibilità) *modalità* (necessità, possibilità) ecc., il che è quanto qui venne sol dato accennare.

QUARTA SEZIONE.

Dei rapporti giuridici e specialmente della origine e cessazione dei diritti.

CAPITOLO I.

IN GENERALE

§ 9. Il soggetto e l'oggetto del diritto vennero finora assunti isolati.

Siccome però l'oggetto sussiste anco *pel* soggetto, così conviene sia a questo congiunto. Codeslo avviene in generale per un fatto ondizio-

nante, in ispecial modo per azioni. Indi nasce un rapporto giuridico esprimente la relazione di un soggetto verso un' oggetto mediante un fatto giuridico. Tal fatto determinante gli è il vero nodo, la copula nel rapporto giuridico, e qui hassi da più presso a studiare.

Il fatto che condiziona ed origina un rapporto giuridico, è, secondo la sua origine, di doppia specie. Esso viene posto 1. *indipendentemente dalla volontà* della persona avente diritto o dell' obbligata, come, accade per rapporto di natura (produzione o deperimento di una cosa soltanto per forza di natura), e per vincoli della vita (il rapporto tra genitori e figli, la successione ab intestato). Siffatta maniera di fatti è di sommo momento nel diritto. Nella stessa guisa che all'uomo non è possibile determinare tutti i suoi rapporti vitali per la propria volontà, ma ritrovasi invece svariatamente modificato da fatto esteriori; così anco il diritto gli è un ordinamento de' rapporti vitali, e non solo, come vuole una teoria parziale, delle relazioni del volere e della libertà. Di più estesa natura è in ogni caso 2. la seconda specie dei fatti prodotti per *azioni del volere*. Tali azioni ponno essere od *unilaterali* quando provengono da una sola persona, o *politerali* se vengono condotte da parecchie persone all' intento di stabilire un vicendevole rapporto giuridico. Le azioni unilaterali occorrono nel diritto reale, se p. e. viene occupata una casa senza padrone; es'incontrano eziandio nel diritto sugli obblighi ove esse sono atte ad ingenerare delle pretese e degli obblighi. In quanto spetta al diritto sugli obblighi suddivendosi ancora queste azioni materiali in azioni giuridiche ed antiggiuridiche. Epperò la gestione di affari senza mandato, sebene azione unilaterale è tuttavia giuridica, ed in certi casi pone la base alla pretesa dell' amministratore in confronto dell' amministrato, e viceversa. Ed invece il danno gli è un' azione unilaterale ma antiggiuridica, che acconsente al danneggiato de' diritti contro l' autore del movimento, quand' anco tra le due parti non corresse verun rapporto di contratto. — Tutte azioni volitive di più persone intese con ciò a stabilire un rapporto giuridico, nascono i contratti che sono pure alla lor volta *unilaterali* e meglio, unilaterali onerosi; o *bilaterali* e più severamente parlando, vicendevolmente onerosi.

I rapporti giuridici in quanto vengono prodotti specialmente nel *diritto sulle obbligazioni*, 1. per fatti della prima specie, sono acconciamente chiamati *obbligazioni di condizione* (il qual concetto perciò riceve ben più estesa applicazione che non s' abbia comunemente); 2. quelli che stabiliscono mercè azioni giuridiche della volontà, sia che ciò avvenga per contratto o senza, diconsi obbligazioni di affari; 3 ed i sorgenti da azioni antiggiuridiche, obbligazioni di delitto. In tale triplice specie di obbligazione è riassunta ogni divisione per noi già accennata.

Poniamoci al presente in special modo a considerare l' origine ed il finire del *diritto* nella persona abilitata.

L' origine o l' acquisto di un diritto può essere *Assoluta* o *relativa*. Assoluta se in generale il diritto nasce immediatamente. Relativa, si acquistasi un diritto che sussisteva già innanzi presso altra persona. Così pure può essere che il diritto vada assolutamente perduto; oppure solo relativamente cessi in chi lo possedea, col passare ad altri. In armonia a questa distinzione, è la suddivisione quantunque in parte diversa, di acquisito *originario* e *derivato*. Originario ossia primitivo è l'acquisto se trovasi essere indipendente dal diritto altrui; derivato, se dipende dal diritto di un terzo, in guisa che questi sia l'autore del diritto acquistato, e tal diritto venga condizionato dal diritto dell' autore. È il diritto acquistato, od a) un diritto nuovo, se viene formato da elementi contenuti nel diritto dell' autore, quando cioè in qualsivoglia modo il diritto di questi viene limitato (p. e. per l' acquisto delle servitù), od b) è lo stesso diritto posseduto dall' autore che passa all' acquisto. Tal passaggio giuridico detto *successione*, può effettuarsi in doppia guisa. O la persona subentra solo in *speciali* diritti dell' altra (*in singulas res succedere, successione singolare*), oppur sottenpra in un complesso di diritti di questa (*in universum jus succedere*, quando i singoli diritti vengon trasmessi col complesso e per esso, *successione universale*).

Circa al modo dell' origine o della perdita di un diritto corre gran differenza tra l' avvenire l' acquisto mercè un'azione dell' acquirente, e l' essere compiuto immediatamente in via giuridica (*ipso jure*, così detta *acquisitio immediata*). Così pure sono diversissime le conseguenze se la perdita di un diritto dipende o no dall' azione del possessore del diritto, e nel primo caso può un' azione produrne necessariamente tal conseguenza anco senza volontà dell' operatore, quando cioè si perde un diritto per un' azione illecita; oppure la perdita discende dall' intenzione che ha il possessore del diritto di abbandonarlo. La perdita del diritto effettuata per tale opera espressa, chiamasi in generale *alienazione*; e *rinunzia* quando il diritto non viene trasferito ad altri. Tra i fatti per cui nascono e cessano i diritti, i più importanti, come, abbiamo osservato, sono le azioni, onde la necessità di studiarle con qualche larghezza.

CAPITOLO II.

In particolare delle azioni quale cause dell'origine e della perdita dei diritti.

§ 10. Come la volontà in generale si è la forza di causa nell' uomo, così anch'esse le azioni del volere sono in tutte le sfere giuridiche la causa più gagliarda e vasta onde nascono e perdonsi i diritti. Circa le azioni

volitive fa mestieri lumeggiare i momenti che seguono, di sommo interesse pel diritto:

1. Il *potere* della volontà o dell'azione è a) considerato in sè quale attitudine di azione; e b) in riguardo ad un oggetto, quale facoltà di disporre, ovvero come *abilitazione di disponimento*.

2. L'*atto* della volontà, ossia la vera volontà, e circa questo hannosi a considerare:

a) i *motivi* o cause determinatrici del volere, tanto le vinziate, quanto le giuste;

b) il *contenuto* giuridico del volere, ovvero le determinazioni principali e secondarie prodotte dalla volontà.

c) la *manifestazione* del volere a) per semplice dichiarazione, b) per fatti ed azioni di fatto.

§ 11. Della facoltà di azione.

La facoltà di azione è a considerarsi in sè, come *attitudine di azione* ed in riguardo all'oggetto, *abilitazione a disporre*.

1. *Capacità di azione*. Incapaci di azione sono in senso tanto naturale che giuridico tutto gli alienati di mente. Anco i fanciulli che non toccarono i 7 anni vengono ugualmente trattati. Tali persone non sono però insuscettibili di diritto, in quanto che la capacità giuridica va in generale congiunta alla persona umana; gli è solo che essi non ponno intraprendere di per sè stessi alcuna azione giuridica. È però lor consentito acquistare diritti ed obbligarsi per mezzo di rappresentanti. La rappresentanza è richiesta per le persone giuridiche, le quali non hanno alcun proprio volere. Vi hanno anco persone che hanno facoltà di *acquistare* ma non d' *obbligarsi* per proprie azioni, e sono a) i minorenni e b) i prodighi. Ma delle *illecite azioni* vengono però tenuti responsabili anco i prodighi ed in minori, quando però questi ultimi si ritrovino vicini alla pubertà (*pubertati proximi*), così che sia lor dato conoscere esse opere come antiggiuridiche.

Il concetto di reciproco sussidio che ritrovasi generalmente compreso nella nozione del diritto, ammette per le persone ora descritte, nei casi in cui non possano operare di per sè come pure in favore d' altri, la *rappresentanza*, cioè l' azione giuridica fatta per altri, di cui si abbia, o no, il mandato. Azioni illecite per le quali ciascuno rimane di per sè stesso obbligato, non acconsentono rappresentanza. — Il rapporto di rappresentanza può fondarsi a) per la posizione giuridica di una persona verso un'altra, p. e. del tutore verso il pupillo; b) per incarico, mandato (rappresentanza), che può essere *speciale* per particolari giuridici negozi, ovvero *generale* per un complesso di affari giuridici, presenti e futuri;

c) la rappresentanza può eziandio aver luogo senza che vi abbia incarico come è ne' casi di necessità in cui sembra giovevole recare aiuto agli assenti. Un sifatto gerente di affari senza mandato (*negoziorum gestor*), può in determinati casi acquistare de' diritti verso colui, del quale egli disimpegnò le bisogna.

II. La *facoltà di disposizione* può venire esclusa, se a) l'oggetto in generale è sottratto alla disposizione dei privati, e se b) esso è sopposto al potere giuridico dell'agente.

§ 12. Della viziate determinazioni della volontà.

La specie ed il modo in cui la volontà viene determinata ad incarnarsi nell'opera reale, gli è un fatto interno, spirituale che deve essere considerato nel diritto, in quanto che l'interna determinazione si manifesta per delle azioni esterne, e perchè l'opera dalla origine fino alla consumazione sua, forma un' *unità* cui occorre studiare sotto vari punti di vista. La determinazione del volere può essere duplice, retta o viziosa. Noi innanzi tutto consideriamo l'ultima.

La viziosa determinazione del volere non può considerarsi nemmeno nel diritto come giusta, nè trattarsi per indifferente. Al contrario secondo i vari casi, difende il diritto da pregiudizii che vengono da tali azioni, o a queste pone per conseguenze certi svantaggi. È specialmente in *due modi* che può darsi la viziosa determinazione del volere; 1. Il volere che deve essere mai sempre inteso ad un oggetto, può essere determinato da una *cosa diversa* dall'oggetto, che è risposto (positivamente o negativamente) nell'azione. Ma per dir il vero, in tal caso in luogo dell'oggetto voluto o rifiutato, vien posto un altro oggetto. Ciò avviene o per essere sospesa la propria determinazione in forza di esteriore influenza, cioè per *coazione psichica* e per il *timore* indi scendente; ovvero perchè altri ne conduce in errore e ne approfitta, vale a dire per *inganno*; oppure perchè noi stessi cadiamo nell'errore o ne troviamo nell'ignoranza. In questi casi avviene che il nostro operare si trovi determinato da un oggetto, pel quale noi non voleamo venisse determinato. Impertanto qui muovono l'azione nostra de' viziosi *motivi*, e questi ponno manifestarsi tanto in opere conformi che contrarie (illecite) al diritto. 2. Ben diverso gli è il caso quando trattasi di una viziosa *direzione* che noi stessi imprimiamo al voler nostro, circa qualche oggetto che *non si avrebbe* a volere, per il che l'azione riesce illecita. Tale viziosa direzione nasce o dal volgere l'intenzione all'illecito, all'oggetto contrario al diritto, lorché viavva un anti-giuridico (cattivo) *proponimento (dolus)*: o dal non essersi la volontà, che però non intese direttamente

all'illecito, volta ad un'opera od omissione per cui sarebbe stato evitato l' illecito (*culpa*). Consideriamo ora partitamente ciascuno di questi due modi delle difettose determinazioni del volere.

1. Dei difettosi fondamenti di *determinazione* (motivi) delle azioni. Gli interni motivi vengono poco o nulla osservati nei rozzi primordi della formazione del diritto, nè quali si volge soltanto lo sguardo all' esterno operare. Ed in vero veggiamo come l' antico diritto romano severamente formale, non si desse per inteso di interne determinazioni del volere. Se non che il diritto pretorio iniziò siffatta teorica e gradatamente sviluppòla senza rattenuto, così che anco le moderne legislazioni nulla di essenzialmente nuovo aggiunsero ai di lei principii.

Violenza e timore. Non teniam certamente discorso qui della coazione fisica (*vis* in istretto senso), come quella che non è motivo all' operare, ma anzi paralizza il concetto di questo, cioè la libera attività.

La violenza *psichica* (psicologia, spirituale) si è il timore cagionato dalla minaccia di un male (*vis ac metus*). Ma perchè si possa richiedere la tutela giuridica contro i danni che derivano da azioni compiute per timore, fa mestieri che questo male sia tale da commuovere anco un uomo fermo per l' importanza (*fusus metus*); e per la probabilità dell' effettuazione (*praesens metus*). — Nella relativa indagine converrà che il giudice faccia calcolo in special modo della particolare situazione del temente e soprattutto del sesso, età, carattere spirituale, e tutto ciò raffronti ad un tipo medio di avvedutezza e di forza di volontà.

2. L' *inganno* gli è qualsivoglia maniera con cui si ingenera in altri un errore, oppur tale errore si sfrutta. Siffatto inganno viene designato nel diritto romano colla parola *dolus*, molto che però si usa altresì ad esprimere qualunque intenzione anti-giuridica. Intorno al *dolus*, assunto in ambedue i sensi, è stabilito il principio che nessuno possa vantaggiare mercè il proprio inganno, o la propria intenzione anti-giuridica (*nemini dolus suus prodesse debet*). All' ingannato sono attribuiti in confronto dell'ingannatore e successori, de' mezzi giuridici, però che ciascuno sia chiamato a rispondere pel dolo (*dolus semper praestatur*). — Del resto gli è generale precetto che colui il quale appone all' avversario suo il dolo, debba provarlo.

3. L' *errore*. Intorno a codesto torna indifferente il conoscere se all' agente non fosse qualche cosa esattamente nota, o se del tutto non la sapesse; se quindi credesse il falso (*error*), o se nulla sapesse (*ignorantia*). L' errore però viene trattato variamente in diritto, a misura che è *errore di diritto* o di *fatto* (*error seu ignorantia juris vel facti*). a) secondo la regola che sancisce ciascuno debba conoscere il diritto, l'errore giuridico non ha in generale forza di discolpa: tuttavia lo si assume a scusa in certi casi, e riguardo certe persone (*quibus ignorare permisum est*), quali sarebbero i minorenni, le donne e gli illetterati; come

pure lo si accetta in tal senso quando non verte sovra universali assiomi giuridici, ma sovra privilegi, diritti locali e consuetudini b) All'incontro l' errore di fatto, quando non accenna a somma negligenza (*negligentia crassa*), viene in date circostanze in parecchi modi scusato. Del resto ad esso errore ponno andar congiunti certi vantaggi p. e. nel possesso di buona fede, nell' occasione, nell' acquisto di frutti; ed esserne originate parecchie azioni. — In generale chi si riporta all' errore, è astretto a provarlo.

II. Delle viziate *direzioni* del volere, e degli obblighi annessivi circa il risarcimento del danno.

1. La intenzione anti giuridica (*dolus* in senso amplo). Indifferenti riescono qui i moti subbietivi da cui venne determinata l'azione anti giuridica, se per cupidità di lucro, per inimicizia per talento di nuocere ecc. L'ogni premeditata ingiustizia (però vincolata ad un qualche danno, nel diritto sui beni) convien risponda ognuno (*dolus semper praestatur*), e come cosa immorale non ha forza alcuna il patto di rinunziare alla guarantee per il dolo.

2. La colpa nata da uno sbaglio, suddividesi riguardo al danno in più *specie e gradi*.

a). Havvi due specie di colpa; l' una dicesi l' assoluta, o come, dicono i romaneschi la colpa aquilina (determinata dalla *lex aquilina*); l'altra è la *colpa relativa*, ovvero obbligatoria, non aquilina. Assoluta vien detta lorquando la non si può derivare da nessun rapporto sussistente tra il leso ed il danneggiatore, com' è il caso nel danneggiamento materiale della proprietà altrui. Chiamasi relativa quando appoggia sovra uno speciale rapporto di obbligazione, vale a dire ogni qual volta è risposta nel trascurare una obbligazione personale. *Gradi non vi hanno* nella colpa assoluta. Ivi ha forza il principio generale: *neminem ledere*: e il violare un tal precetto per opera positiva, condurrà a imputar questa mai sempre all' autore. — La colpa *relativa* od *obbligatoria* ha più gradi. Si enumerano distinguendole la *colpa grave* (*culpa lata*) e la *colpa lieve* (*culpa levis*). La prima è riposta nel trascurare anco la previdenza ele cautele di un uomo comune, non dotato di peregrine qualità d' animo la seconda, nell'essere meno provido ed assennato di quanto lo suol essere un providente e esatto padre di famiglia. Avvien che la colpa si modifichi in dati rapporti (p. e. nell'amministrazione del tutore, del coniuge), quando non la si misuri ad un regola generale, ma le si apponga una norma particolare, a tenore della diligenza che una persona suole recare nei proprii affari (*diligentiam quam suis rebus adhibere solet*). La trascuranza di tal diligenza, può salire in date circostanze a colpa lata. Le regole del diritto romano rispetto alla colpa relativa, vengono determinato secondo una persona (senza far caso, se sola o in compagnia) trae

un vantaggio dal rapporto, nel qual caso è tenuta per *omnem culpam*; o no, ed allora è responsabile solo della *culpa lata* (1).

§ 13. Delle giuste determinazioni del volere (2).

L'azione del volere dell'uomo considerato quale essere ragionevole, può venire rettamente determinata in due modi, cioè per lo *scopo finale*, quanto per lo scopo dei mezzi onde il primo si abbia a conseguire, nel caso che non si avesse di mira l'azione come ultima meta. Ad entrambi gli scopi lorchè vengono accolti dalla coscienza, si volge una *intenzione* in guisa, che pur questa si ritrovi esser duplice e si parta, in intenzione finale ed in prossima (sobbiettivamente immediata, ed obbiettivamente mediata). Lo scopo e la intenzione finale non appartengono giammai alla sfera giuridica, ma spettano piuttosto alla morale (etica). Poichè nella donazione stessa, in cui sembrano volersi celare la benefica intenzione ed il mezzo onde questa si effettua, il gratuito avvantaggiare de' beni reali d'un terzo, può esser volto altresì a parecchi scopi finali, sia per dimostrare solo al beneficiario la tendenza che si ha per lui, quanto per agevolargli un altro scopo (p. e. lo studio). Per la qual cosa la intenzione finale sorpassa del tutto od in parte la sfera giuridica; ed invece il diritto (quantunque in continua relazione colla morale) si riferisce agli scopi mediati ed alla prossima intenzione, avvegnachè esso come mezzo condizionate si riporta in generale al bene ed ai beni della vita assunti come scopo, e tutti i rapporti giuridici sono le forme ed i mezzi giuridici, pe' quali possono raggiungersi gli scopi umani della vita.

Nella stessa guisa che lo scopo finale e lo scopo giuridico de' mezzi, trovansi internamente in continua relazione tra di loro, così ponno pur anco esternamente collegarsi in giuridico rapporto, ond' è tornino importantissimi lo scopo e la intenzione finale pel giudizio che convien fare d'un rapporto. Codesto emerge evidentissimo nel diritto criminale, quantunque una siffatta relazione appaia eziandio nel diritto privato, e la sia precisamente negativa e positiva, poichè dall' un lato non si ammette veruna *espressa* relazione tra un rapporto giuridico ed uno scopo illecito, sebbene si esprima questa relazione colla forma della condizione e della determinazione pello scopo, quand' anche gli effetti riescan varii a tenore delle varie leggi positive. Dall' altro canto poi può

(1) Sul principi del diritto tedesco, circa il caso e la colpa, danno e pericolo, V. *Slobbe*, storia del diritto tedesco delle stipulazioni, p. 290 e seg.

(2) Le precise determinazioni del volere non vengono di regola svolte completamente, ma solo di volo toccate come è il caso di accessoria cosa.

lo scopo finale lecito divenir determinante per l' affare giuridico, lorchè esso scopo venne espressamente indicato qual motivo (nel diritto romano detto anche *causa*), sotto la forma della presupposizione o della condizione, in guisa tale che sia dato provare come senza di ciò, non si sarebbe stretto quel rapporto giuridico.

È sempre di sommo momento nel diritto lo scopo riposto immediatamente nel rapporto giuridico, nonchè la intenzione che vi si riferisce. Essa intenzione la è pure presso parecchi rapporti giuridici, un momento distintivo senza cui la non sussiste per nulla. Nella stessa quisa l'*animus possidendi* distingue la *possessio* dalla detentio, come nel diritto romano l'*affectus maritalis* parte il *matrimonium* dal *concubinatus*, come pure è tenuto per necessario l'*animus donandi, novandi* e così via. Negli affari giuridici bilaterali, fa mestieri che l'*animus* sia diretto all'identico negozio.

Può essere che due o più persone abbiano uno scopo *uguale* o *disuguali*, come trattasi di un rapporto giuridico de' beni reali in cui si pongono, secondo che ambo le parti intendono a trasmettersi reciprocamente de' beni, o che la è una sola quella che vuole arrichir l' altra. Il primo caso ha luogo solo nel diritto sugli obblighi, e nei contratti *reciproci*, il secondo nella *donazione*. Del resto questa non è ad aversi in conto di contratto, ma d' azione generale giuridica, e di rapporto giuridico universale, che può occorrere nella forma del diritto sulle cose (p. e. l' acconsentire un *jus in re* mentre si permette l' usucapione) come altresì in quella del diritto sugli obblighi.

§ 14. Del contenuto dei rapporti reciproci.

I. In generale. Il contenuto di ciascun rapporto giuridico è la *determinazione di un rapporto della vita* a tenore delle parti componenti contenute nel diritto. Impertanto ritrovansi riuniti nella materia di qualsivoglia giuridica relazione, il subbietto e l' obbietto mercè lo speciale fondamento giuridico che trovasi nello scopo del rapporto. Di consueto nel trattare il contenuto giuridico, si fa astrazione dal subbietto, e si considera solo la parte obbiettiva, anzi si giugne sino ad identificare il contenuto coll' obbietto. Cotal procedere gli è però troppo parziale ed erroneo. Anzi il soggetto ricava dal contenuto le proprie rispondenti *abilitazioni*, e in altra direzione i proprii *obblighi*; e nel contenuto fa mestieri appunto considerare le abilitazioni e gli obblighi in relazione all' obbietto assunto come un *intero*. Nella più stretta ricerca di un rapporto giuridico occorre però osservare il *modo* con cui si determina un rapporto della vita. Quinci, le seguenti specie.

II. Secondo la sovraesposta partizione principale dei rapporti giuridici, il contenuto appartiene o al *diritto reale*, o al diritto sugli obblighi. In conformità a siffatte due specie del contenuto riescon pur varie le condizioni determinanti. Nel diritto sulle cose in cui si offre ognora un rapporto immediato tra il subbietto ed una cosa spaziosa, rapporto che è pórtó dallo scopo dei beni reali; esso è determinato da condizioni che in parte si ritrovano in lui stesso, come la facoltà propria alla persona di disporre (dominio) della cosa per lo scopo corrispondente; in parte nella necessità di collocare nella vera relazione ciascun rapporto determinato di diritto reale secondo la sua origine, svolgimento e fine, anco con tutti gli eventuali rapporti e specialmente con quegli economiei morali e di stato, nonechè nel bisogno di stabilire le condizioni dell'acquisto, dell' esercizio e del fine di un diritto reale. Per lo che le abilitazioni di diritti reali, non sono se non le direzioni possibili dell' operosità di un subbietto, regolate a norma di queste condizioni. Così p. e. il diritto dell' occupazione è regolato dalla condizione subbiettiva della intenzione volta ad appropriarsi un oggetto, come altresì dall' altra condizione dell' essere esso soggetto senza signore. Nel diritto sulle cose, a differenza di quanto avviene nel diritto sugli obblighi, queste predominanti condizioni vengono precipuamente determinate, non già dal *volere* dei privati, ma dai vari scopi dei beni reali dell' ordine giuridico universale. All' incontro nel diritto sugli obblighi il quale regola i rapporti di una qualche persona, immediatamente solo riguardo le operazioni (prestazioni) di un' altra, tanto le condizioni principali che le accessorie vengono maggiormente poste dal *volere*. Gli è bensì vero essere quiv; la volontà sommessata a condizioni siffatte cui ella non può per veruna guisa cangiare, avvegnachè e sono le azioni del *volere*, assunte come origini degli obblighi, sopposte a condizioni essenziali richieste dall'ordine giuridico, come per esempio la mancanza di timore, di inganno, e così via; e qualunque rapporto d'obbligo ha per norma essenziali condizioni che servono di base, e che non soffrono cangiamenti. Ciò non pertanto negli obblighi, la volontà delle parti presenta maggior latitudine nella determinazione del contenuto, in principal guisa in quanto spetta ai *naturalia et accidentalia negotia*. Ed ora osserviamo più da presso siffatto contenuto.

III. *Del contenuto de' rapporti giuridici obbligatori.* Diverso è il contenuto secondo le tre specie principali di tali rapporti (obbligazioni d'affari, di delitto e stato). Nelle obbligazioni di stato le quali originano da un fatto, non avuto riguardo ad un atto volitivo degli interessati, il contenuto come pure la facoltà e l' obbligo che ad esso si rannodano, sono pórti dall' essenza del rapporto. Nelle obbligazioni venienti da delitto, il contenuto è dato dalla abilitazione e dall' obbligo al risarcimento

del danno (nel diritto romano anche dal castigo privato). La materia delle obbligazioni di negozii, convien la si ricerchi più da presso, però che ella sia di somma importanza.

IV. *Del contenuto delle obbligazioni di affari.* La materia degli affari di diritto (unilaterali o bilaterali) prodotta da volitive azioni giuridiche vien data da un tutto di determinazioni sia per la volontà, sia col mezzo di essa. Nel diritto siffatte determinazioni rappresentano ognora delle condizioni nel vero senso della parola (1); giacchè la condizione è come dice lo stesso Böcking (pandette § 111) « qualunque precisione di un soggetto od oggetto, natura, o stato d'una persona o cosa, tanto in generale, quanto in particolare. » O, come si esprime Götschen (pand. I. p. 277), « qualsivoglia determinazione con cui quantunque affare giuridico viene caratterizzato a tenore della sua individualità, ed » in questo senso si offre tanto nel diritto romano, quanto ne recenti libri giuridici. Tuttavia in istretto senso, condizione è della ogni determinazione secondaria: ed in senso strettissimo esprime quella vicina determinazione che fa dipendere la sussistenza d' un rapporto di diritto, da un' avvenimento futuro ed incerto. — Svolgeremo qui appresso queste tre maniere di condizioni che scaturiscono da differenti principj.

A. Le condizioni nel senso più generale, sono poste in un rapporto di diritto, di cui esse formano il contenuto essenziale (*essentia negotii*);

a) per l'ordine obbiettivo giuridico (la legge), sia per tutto, sia per speciali affari di diritto positivi o negativi, e determinano l'operosità degli individui. Vi appartengono in particolare le determinazioni sulla nullità degli affari privati aventi per iscopo cose *extra commercium*, e l'insussistenza delle disposizioni intorno a quanto sarà per lasciare una persona ancor viva. Quivi scaturiscono tutti i giuridici divieti di alienazione per prevenire la leggerezza, come anco per impedire certe donazioni, all' intento di serbare de' beni a determinati soggetti (beni di pupilli, di matrimonio, di chiese, di fedecommissi); quindi le altre deter-

(2) Il concetto della condizione in tutta la sua larghezza, è fin qui ben poco approfondito e svolto. Leibnitz la assunse come principio nella sua estesa trattazione: « *Doctrina de conditionibus* » (come *specimen certitudinis sive demonstrationis in jure*) Op. om. stud. Dutens. I. IV. p. 29-139; tuttavia egli trattò la condizione soprattutto come condizione accessoria. In tempi più vicini ai nostri, Windscheid nel suo scritto « la giuridica teorica romana della presupposizione » 1880, accenna ad altre importanti specie delle determinazioni volitive, fin qui non per anco bastevolmente studiate. Ma la sua esposizione non esaurisce per nulla le fin distinzioni, che anco al presente ponno essere segnate nel tutto della teorica delle condizioni. — La parola « condizione » è la più conveniente indicazione per tutte le specie, mentre il mollo « presupposizione » accenna (tanto nel concetto, che verbalmente) in modo più subbiettivo alla maniera con cui si pose la condizione.

minazioni fatte per riguardi economici, sovra l'elevatezza degli interessi nel mutuo, sovra le fittanze, e nelle società commerciali ed industriali; da ultimo le determinazioni all'intento di impedire scopi immorali. Mercè tutte queste determinazioni giuridiche positive o negative riesce condizionata l'energia volitiva, in riguardo ad un soggetto.

b). Oppure le determinazioni risultano dall'invariabile *essenza* d'un affare. L'essenza viene determinata della costante guisa e maniera in cui può essere raggiunto uno scopo permesso, e stabilito dall'ordine della vita e del consorzio umano. Di tal guisa per la donazione, per la permuta, compera, per le diverse maniere di mutuo, si intende a scopi variati i quali, quantunque si trovino determinati alquanto diversamente in un sistema positivo di diritto, di quello che lo sieno in un'altro, deggiono pure ricever determinazioni normali comuni a tenore della comunanza dello scopo fondamentale. In ogni affare giuridico si danno per conseguenza certe determinazioni scendenti dalla natura di esso negozio, ed avute in conto di necessarie dal sistema di diritto positivo, le quali costituiscono le condizioni necessarie senza le quali l'affare non può essere pensato. Così nell'assegnamento della *dos* è risposta la condizione del matrimonio pel di cui scopo la è stabilita: nel mutuo, la trasmissione di una cosa sostituibile; nel comodato, la concessione (*gratuita*) dell'uso d'una cosa non sostituibile, e così via. Anco il diritto romano chiama siffatte condizioni, *juris conditiones*, o *conditiones quæ tacite*, o *vi ipsa negotio insunt*, o *ex jure venientes* (1).

Queste due specie di determinazione condizionanti, *a* e *b* formano l'essenziale contenuto nel negozio giuridico che non si può cangiare da una disposizione privata, l'*essentialia negotii*.

B. Le qualità comuni di determinazioni condizionanti, vengono stabilite dalle leggi dispositive o permissive, e trovano applicazione soltanto allora che null'altro fermò la volontà delle parti. Queste determinazioni chiamansi naturali, regolari, consuete (*naturalia negotii*); possono essere mutate dalla volontà delle parti, ma chi sostiene sieno state cangiate, ha il carico della prova.

C. Avviene eziandio che le determinazioni condizionanti sieno poste retamente dalla volontà de' privati (*accidentalit negotii*); esse le sono accidentali, o per meglio dire, vengono poste dall'arbitrio, sia per patti secondarii, per determinazioni secondarie (particolarmente *conditio, dies, modus*), sia anche mercè azioni divietate. E qui ne spetta studiare più da vicino le determinazioni accessorie. Queste con molta utilità partonsi *a*) in tali che si riferiscono al passato ed al presente, *b*) in altre che riguardano il futuro.

La condizione che si riferisce a qualche cosa di passato e di presente (*conditio in præsens vel in præteritum collata*), ha in sè giuridica effi-

(1) V. Böcking luo. cit. § 111.

caccia, e quindi si distingue dalla condizione in istretto senso, in ciò che il rapporto legale che da quella deve scendere, è fermato subito dopo che dessa o sussiste od è nulla, cioè sussiste in sé (obbiettivamente), quantunque sia la incertezza che le parti possano avere della sussistenza della condizione (p. e. quando alla morte di mio zio mi verrà effettivamente aggiudicata l'eredità, allora io ti darò in dono 100 florini). Tuttavia anco in queste condizioni fa mestieri distinguere le permesse dalla divietate, ciò che d'ordinario si trascura di fare, quantunque ne dipenda anco l'efficacia del rapporto giuridico,

§ 13. *In particolare delle determinazioni accessorie, oppure della condizione, nonché della fissazione del tempo e dello scopo.*

1. La condizione presa nello stesso senso, vale a dire come determinazione accessoria, si è la presupposizione di una futura incerta circostanza, dalla quale la volontà dell' agente deriva in tutto od in parte la sussistenza di un rapporto giuridico o del suo contenuto. Le specie delle condizioni sono le seguenti:

1. In riguardo alla sussistenza del rapporto giuridico, la condizione si è o *sospensiva* o *risolutiva*, secondo che da essa si deriva il principio o la cessazione di un diritto. Nel compimento (sussistenza) della condizione il diritto romano pone come domin ante la regola, (che vien respinta dal dirit. terri. prassi.) che l' efficacia de compimento si riduce al cominciar-si del negozio (*conditio existens retrotrahitur ad initium negotii*).

2. *Formale* è la condizione tanto *affermativa* (positiva) che *negativa*. secondo si fa dipendere un diritto dall' aver luogo, o no, di una circostanza. Del resto si deve badare a non soffermarsi in tale argomento. alla forma grammaticale, avvegnachè una condizione per sè affermativa, possa essere espressa negativamente, e viceversa.

3. Circa quanto spetta alla *causa*, dipende il compimento o dalla *volontà* di quegli a cui è posta la condizione, o da una *circostanza* esterna, o dal funzionare unito di tale circostanza colla operosità dell'interessato. Quindi la divisione in *conditiones potestivæ, causales et mixtæ s. promiscuæ*. È però in generale molto difficile il tracciare la linea di demarcazione tra le condizioni potestative e le miste. (Soltanto una condizione pura negativa, la si può considerare come potestativa p. e.; se tu non ti rifiuterai di sposare A). Del resto farà d' uopo aver riguardo sopra tutto a che intese quegli che pose la condizione, cioè se egli dava la forza precipua alla volontà, od al fatto.

4. Per quanto concerne la *maniera di essere* (modalità), sono le condizioni o possibili od impossibili. Siccome la possibilità e l'impossibilità

possono ritrovarsi tanto nelle leggi naturali, quanto in quelle della volontà giuridica e morale, così avviene che si distinguon particolarmente le condizioni impossibili, in quelle che lo sono fisicamente, e nelle altre che le sono giuridicamente (tanto in senso morale che di diritto), vale a dire illecite. Queste due maniere di condizioni impossibili, sono però diverse in sè, e lo ponno essere eziandio nei loro effetti giuridici.

a) La condizione *fisicamente* impossibile non è una e vera condizione, però dovrebbe invalidare tutto l'affare giuridico. Tuttavia dessa funziona diversamente nei diritti positivi, e nel diritto romano vien pareggiata alle condizioni giuridicamente impossibili.

b) La condizione *giuridicamente* impossibile, o illecita (*conditio turpis*) la è una vera condizione, avvegnachè fondi sovra azioni incerte. Queste azioni non avrebbero ad essere esaminate certamente sulle norme del costume e delle sanzioni di diritto, ma pure può avvenire che lo sieno. Nel giudicare dell'efficacia giuridica di tali condizioni non permesse, è importante;

α) di rilevare i principii che servono di *norma* tanto nel sistema romano quanto nei nuovi diritti. Questi sono: α α) per una tal condizione non deve esservi nulla d'*obbiettivamente* turpe ed ingiusto; β β) e tanto meno una immoralità subbiettiva. Ovunque deve curarsi l'osservanza di siffatti possibili effetti, ed è ne' casi individuali che convien escorgere i particolari rapporti della vita. Per il che nel diritto romano sono riposte fra le condizioni turpi non permesse, quelle del celibato, del divorzio, del sottomettersi a volontà straniera in quanto spetta al matrimonio, e, secondo la novella veduta anco la condizione di cambiamento di religione (nonchè del non mutamento). È poi cosa lecita quella per cui un tale stabilisce per convenzione di sottomettersi ad una multa pecuniaria nel caso faccia qualche cosa di divietato. (1)

β) La è poi cosa utilissima il distinguere col diritto romano le condizioni non permesse apposte a contratti, da quelle aggiunte a disposizioni di ultima volontà. Secondo il diritto romano tali condizioni rendono nulli i contratti, mentre invece non invalidano le disposizioni di ultima volontà, in relazione alle quali esse condizioni sono invano. Il motivo di tal differenza non si deve certamente cercare nel principio di agevolare i testamenti, ma in ciò, che nel primo caso ambe le parti hanno di mira il divieto, nel secondo anche la disposizione di ultima volontà. I

(1) Così fra i quattro casi principali possibili: 1. tu li prometto 100 fior. se fai un'ingiuria a C; 2. te li prometto se non la fai; 3. tu li prometti a me in caso che non la faccia; 4. tu me li devi se fai la ingiuria; solo l'ultimo caso di punizione convenzionale è ammissibile.

nuovi legislatori hanno abbracciato nei contratti le sanzioni romane: ma in parte si scostarono da esse negli atti di ultima volontà. Il codice francese aderisce in ciò completamente al diritto romano. Il diritto territoriale prussiano s'attiene ad una via di mezza, la condizione non permessa è come non fosse scritta; all'incontro la condizione fisica impossibile rende invalida la disposizione di ultima volontà. Secondo il codice aust. tanto le condizioni illecite come le condizioni fisicamente impossibili invalidano tanto le istituzioni ereditarie quanto i legati.

Le citate quattro specie preeipue di condizioni possono essere riunite in tutte le forme principali (1).

II. *La determinazione del tempo, dies.* In doppia guisa è dato far dipendere i rapporti giuridici da una determinazione di tempo, cioè o col farli cominciare ad un determinato momento (*dies o terminus a quo*), ovvero collo estinguerli al sopraggiungere del tempo (*dies terminus ad quem*). Quello chiamasi *termine di cominciamento*, questo *termine di cessazione*. L'essenziale differenza tra condizione e determinazione di tempo, è riposta in ciò che la condizione si rannoda ad un avvenimento incerto e la determinazione, ad uno certo.

III. Il *modus*, il peso o la determinazione di scopo. Il modo si è quella determinazione accessoria con cui dal datore di una cosa, viene imposto a chi la riceve, d'impiegarla in tutto od in parte ad un certo scopo. Di regola si ha di mira od esclusivamente, o in guisa principale il vantaggio di chi riceve; quindi avviene che il modo in istretto senso occorra solo in azioni di liberalità, laddove in affari onerosi si manifesta come una parte delle principali determinazioni di contratti. Il modo ha diversi punti comuni colla condizione, e spesso fiate si può intendere alla stessa meta in tutte due le forme. Tuttavia il modo va distinto dalla condizione in questo, che il primo non sospende mai nulla, per cui non impedisce nè l'acquisto nè l'esercizio del diritto. Però è dato chiedere cauzione per l'adempimento, o nel caso che non si adempisca per nulla, promuovere l'azione all'intento che vengano prestati gli interessi, ed ancora restituita la stessa cosa data *sub modo*. Nel caso vi sia dubbio se vi abbia un modo od una condizione, conviene ammettere il primo.

§ 16. *Della dichiarazione della volontà, e delle sue diverse forme.*

« Nè la volontà isolata, dice Puchta (2), nè la semplice dichiarazione costituiscono l'affare giuridico, ma lo formano invece una volontà manifestata, una dichiarazione rispondente al volere, onde vuolsi l'armonia

(1) Savigny, sist. dell'alt. dir. rom. III, p. 151, e Bücking, pandette p. 595, offrono diverse maniere di combinazioni.

(2) Prelezioni sopra il moderno diritto romano, v. I. § 63.

dei due fattori ». La sconeordanza fra i due momenti può essere stata introdotta appositamente, o senza disegno. Essa è volontaria quando si ha di mira un affare diverso da quello espresso nella forma con cui eb-
besi a dichiarare la volontà; in simil caso la simulazione la è la cosa di maggior momento. Intorno al quale argomento seguesi la regola: *plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur*, vale a dire non sussistere l'affare conchiuso per mera apparenza (simulato), sebben l'altro, quando vi si riscontrino i requisiti suoi, e per avventura non sia proibito. — La sconeordanza involontaria può avvenire principal-
mente per errore, a) riguardo alla persona, b) sopra l'oggetto, c) ed intorno allo stesso negozio.

Le dichiarazioni di volontà e gli affari di diritto ad esse riferentesi, si partono comunemente in *privi di forme e formali*.

Privi di forme sono quelli che senza una determinata forma esterna si manifestano solo in parole parlate o scritte, in segni (p. e. con una stretta di mano, con inclinare od altrimenti accennare del capo), oppure in azioni concludenti. Anche lo stesso tacere può aversi per un aderire, ma però in que' soli casi in cui havvi mestieri di opposizione. In gene-
rale è però falso il noto adagio: *qui tacet consentire videtur*.

Le *formali* dichiarazioni di volontà ed affari giuridici appoggiano sovra documenti scritti, soventi volte mercè la cooperazione di pubblica per-
sona, come è a dirsi di notaio o giudice; basano altresì su discorsi so-
lenni, sovra raccolti testimonii e prestazioni di fatto. « Simiti forme de-
terminate, come dice Puchta luo. cit. § 64, possono avere per iscopo: 1. di rendere certa la volontà, e di guarentire la veridicità della dichia-
razione; 2. di impedire possibilmente ogni illecita influenza; 3. di con-
statare l'effettuazione del negozio; 4. di mantenere la certezza pel futuro ».

1. *Le forme in iscritto* (1) vengono dalle nuove legislazioni stabilite, a preferenza di tutte le altre più recenti, per l'uno o l'altro de' scopi in-
dicati. Tutto il diritto cambiario appoggia alla presupposizione di un do-
cumento scritto. Ipoteche e testamenti abbisognano nella maggior parte
de' casi di forme scritte; e s'è formato un ramo particolare di giuri-
sprudenza, la così detta volontaria (*jurisdictio voluntaria*), per assumere
in iscritto de' negozj di diritto, mercè notai e giudici. Il cod. civ. austriaco
presentò minori forme in iscritto che non avvenisse presso l'altre le-
gislaZIONI, avvegnachè tanto nelle disposizioni di ultima volontà, come
ne' contratti è rimesso al libero arbitrio lo sciegliere lo stabilimento
orale, piuttosto che quello in iscritto (§§ 377, 883, 943), e sol come trat-
tasi di donazioni è indeclinabile l'ultimo modo onde promuovere l'azione
giuridica (§ 943). All'incontro il dir. territ. prussiano esige sieno redatti
in iscritto tutti i contratti per un importo superiore ai 50 talleri.

(1) Intorno a siffatte forme, v. specialmente *Blume*, enciclopedia ecc. p. 61
e *Röder*, dir. nat. § 103.

2. La *solenne parlata* avveniva a Roma particolarmente nella forma della stipulazione; nei diritti più recenti appartiene a quella solennità specialmente il sì, nello stringere dei vincoli matrimoniali, il voto religioso ed il giuramento. Il giuramento o è semplicemente d'*assicurazione* (*juramentum assertorium*) se concerne un fatto già avvenuto, oppure di *promessa* (*juramentum promissorum*), se si riferisce a future prestazioni di chi giura.

3. Sono i *testimonii* richiesti in molte azioni di diritto, p. e. nella stipulazione di matrimonio, e nella maggior parte dei testamenti.

4. L'*effettivo*, parziale e unilaterale *adempimento*, vien considerato in molti contratti come una forma vincolatrice del contratto. Siffatta prestazione attualmente è la caparra, conosciuta anche nel diritto romano. Tuttavia è concesso rescindere il contratto, purché si perda o si restituisca doppiamente come multa, essa caparra.

L'*interpretazione* delle dichiarazioni di volontà e d'affari di diritto, fonda in generale sovra principii comuni alle leggi, e viene anco divisa in *autentica* e *dottrinale*. L'*autentica* è quella che vien porta dall'agente nei negozii unilaterali, e nei contratti bilaterali (onerosi) da ambe le parti d'accordo nell'attribuire alle espressioni lo stesso senso. Nell'*interpretazione dottrinale* (grammaticale e logica), fa mestieri si osservino come norme le seguenti regole: 1. è da preferirsi quella indicazione mercè la quale il negozio appar valido e conforme alla legge; 2. nonchè quella che porge il risultato che più risponde alla natura dell'affare; 3. in particolare come trattasi di obbligazioni unilaterali, fa d'uopo ammettere la minore anzichè la maggior estensione di obbligo.

CAPITOLO III.

§ 17. *Del principio di diritto, e del rapporto del principio giuridico in relazione alle origini e modi d'acquisto del diritto.*

Fin qui abbiamo osservato i rapporti giuridici dal punto di veduta della loro origine e cessazione. Convien però studiarli anco dal lato della loro sussistenza nell'ordine del diritto. Ciò ne conduce alla nozione del principio giuridico. Tale nozione fu nella scienza sino a' giorni nostri soltanto discussa, e (come nel diritto romano il concetto di *causa* (1)) confusa coi concetti d'origine, di scopo, di intenzione; sì che quantunque conato d'afferrare esattamente la nozione e di determinarla, non si troverà sempre in accordo colla occorrente terminologia della scienza e del diritto positivo.

(1) Si riflette pure nel diritto romano alla *justa causa*, alla *causa civilis contractum*, alla *causa* od alla *causa turpis*, come principio motore e scopo.

Chiamasi in generale principio di diritto, l'obbiettivo giuridico rapporto della vita, dal quale segue un altro rapporto giuridico, e sotto determinati presupposti effettivamente si forma; vale a dire: quel rapporto giuridico nel quale è riposto come conseguenza un altro. I rapporti della vita, come vedemmo, formano la base de' rapporti giuridici; ma questi si ritrovano svariatamente nella relazione di base e conseguenza. Di tal guisa dall'un canto sono i rapporti essenziali della vita, della persona umana, la base ai diritti personali assoluti, detti anco innati. I diritti acquisiti fondano sovra un diritto generale delle persone; il diritto sulle cose, nell'essere la persona condizionabile per la cosa; il diritto obbligatorio, nella attitudine ad esser condizionati mercè le prestazioni di altri; tuttavia nel diritto sulle cose e sulle obbligazioni, gli speciali diritti appoggiano sempre ad un diritto generale. Così la proprietà si è il principio giuridico del possesso, della disposizione e dell'uso della cosa. Non altrimenti si dica d'ogni affare giuridico, poichè osservato nella sua identità ed interezza costituisce novellamente la base di particolari rapporti giuridici in esso affare compresi. Compratore e venditore assumono dal principio giuridico della compera, determinate conseguenze, come: pagamento del prezzo, tradizione della cosa. La relazione tra il principio e la conseguenza di diritto, può esser molto diversa. Sarà quindi soltanto un ideale in riguardo alla possibilità, p. e. la proprietà include il possesso; ora sarà un reale nel tempo e nella successione del tempo, quando precede il principio (*causa præcedens*) tanto in un affare, quanto in un'azione, p. e. la prestazione reale che va innanzi nei contratti reali come fondamento d'obbligazione per la parte che riceve.

Qualunque diritto come altresì qualsivoglia rapporto giuridico ha per base un principio giuridico; e vi ha una gradazione di principii giuridici, ove il più basso e particolare appoggia sovra uno più alto e generale, e qualsivoglia diritto ha per fondamento l'ordine generale divino della vita.

Dal fondamento giuridico fa d'uopo distinguere quello della origine de' rapporti giuridici. Però le obbligazioni (§ 9) dividonsi in obbligazioni di affari, di delitto e di stato. Gli è quindi che qualsivoglia obbligazione tosto che è stabilita, costituisce di per sè il fondamento giuridico delle obbligazioni particolari che in essa racchiudonsi. Soventi volte anco l'origine del nascimento d'un diritto, la si tiene per base di esso. Ma il fondamento giuridico gli è sempre qualche cosa di obbiettivo, e nella sua consistenza non vien toccato da vicino dai diversi momenti soggettivi o principii determinatori che insieme determinano il nascimento. Si può dare che una compera diventi il principio giuridico del possesso, lorchè il venditore per isbaglio trasmise una cosa straniera. Impertanto nei rapporti obbligatorii, causa e fondamento ponno essere distinti solo in modo ideale, non esteriormente. Ben altro invece avviene nel diritto

sulle cose. Fin che in tal argomento trattasi di rapporti esterni di una persona con una cosa individuale o comune, e ad un tempo della sommissione della cosa al potere della persona, si osservi che in armonia ai novelli codici (il prussiano e l'austriaco, ma non il francese) impera il principio giuridico che, onde acquistare un diritto reale che può essere riposto in un affare giuridico, come altresì nella legge od in una sentenza del giudice, vuolsi pure un atto d'acquisto (*modus acquirendi*), affinché il rapporto di potestà che ritrovasi nel diritto sulle cose si effettui esteriormente, e possa da altri come tale ravvisarsi. La distinzione fra *titulus* e *modus acquirendi* che fu ammessa già dal diritto romano, ha in sè ed un sommo interesse scientifico, ed una grande pratica utilità. Di regola nel principio giuridico il contenuto è unito alla forma dalla quale è accolto ed espresso; tuttavia in modo eccezionale e per volere delle parti che avviano ad uno scopo individuale o di relazione, può avvenire che la forma sia sciolta dal contenuto, e considerata in sè stessa come un principio (formale) da cui per conseguenza vengono derivati altri rapporti giuridici (v. i contratti formali § 42 B).

CAPITOLO IV.

§ 18. Della formazione de' rapporti giuridici nello spazio e nel tempo.

Le operazioni volitive ed i rapporti giuridici appaiono, non altrimenti di qualunque altra cosa umana, sotto la forma di spazio e di tempo. Queste forme sono ben lungi dal porgere le basi dei rapporti giuridici, il fondamento de' quali convien cercare più addentro, ma solo si vanno in certa guisa modificando o determinando.

1. I rapporti di spazio offrono un carattere giuridico, specialmente pel *domicilio* (cui convien distinguere dal *luogo di dimora*, ove alcun si trattiene bensì per molto tempo senza però l'intenzione di fermarvi di continuo, come altresì dal *sito di soggiorno* ove soltanto casuale è la sosta), come anco per la *presenza* ed *assenza* (specialmente nei contratti e nelle prescrizioni).

2. I rapporti di tempo influiscono di molto sui rapporti giuridici. Importanto questi, secondo la esatta espressione dell'adagio: *quamquam nihil ex tempore fit, tamen nihil nisi in tempore fit*, non si appoggiano sovra quelli, ma in essi nascono, svolgonsi e finiscono.

Gli è un principio generale che: diritti ed obblighi abbiano ed essere esercitati in tempo debito; ed è per le possibili conseguenze (p. e. prescrizione) che torna necessario generalmente vengano usati ben presto. Qualunque operazione contraddittoria a tal massima, si pone nella categoria generale della mancanza che può essere di tre specie:

1. L'illecita mancanza nell'adempimento di un' obbligazione giuridica dicesi indugio (*mora*), e può avvenire tanto da parte del creditore (*mora accipiendi*), quanto dal lato del debitore (*mora solvendi*).

2. La mancanza nel far riconoscere valido un diritto innanzi il giudice, vale a dire il diritto d'azione, la prescrizione dell'azione (*temporalis praescriptio*).

3. La mancanza dall'una parte dell'uso de' diritti reali, e l'esercizio effettivo di essi per un'altra. Dal che ne segue che quegli il quale non fe' uso del diritto, lo perda sotto date condizioni, e l'altro che ebbe ad esercitarlo, l'acquisti mercè la prescrizione e l'usucapione (prescrizione estintiva o d'acquisto, e quest'ultima è detta anco usucapione). — Nel concetto di prescrizione si accolgano soventi volte la prescrizione dell'azione, e l'usucapione; tuttavia siffatte maniere deggiono distinguersi con esattezza tanto nella cosa, quanto nel nome (1).

Sotto l'aspetto di particular specie di prescrizione, s'introdusse anco quella così detta di *tempo non rammentabile* vale, a dire la prescrizione immemorabile. Nulla però di comune ha dessa colle altre maniere di prescrizione innanzi enumerate, avvegnachè non apponga, il carattere giuridico a quanto fin qui non avea sussistito che a mò di fatto; ma soltanto faccia le veci della prova che avrebbe a stabilire, essere cominciato lo stato contestabile in forza d'un titolo giuridico, e però ponga come certo originasse tale stato e sussistesse giuridicamente; per conseguenza non si può richiedere nè *justus titulus* nè *bona fides*, a chi si ripara dietro a codesta prescrizione.

CAPITOLO V.

§ 19. Della protezione del diritto.

1. In generale è forza che i diritti di per sé sussistenti, abbiamo anco ad essere difesi contro le violazioni. La lesione può essere soltanto *possibile*, od anco *effettiva*. Per la lesione possibile vengono date in diritto delle *cauzioni* sia per giuridici affari privati (pegno, garanzia), sia per disposizioni giuridiche (*missio in possessionem*, arresto, sequestro). — Contro la violazione effettiva sono acconsentite delle azioni giuridiche.

II. Particolarmente delle azioni.

1. Delle azioni in generale. L'azione gli è il mezzo di perseguire fermamente in giudizio un diritto. La facoltà di servirsi di siffatto mezzo, chiamasi diritto d'azione. Nell'azione e nel diritto che vi si riferisce si deggiono fare tre distinzioni: 1. Il *fondamento* dell'azione risposto nello

(1) Puchta dice (prelezioni § 73): « si trattò la prescrizione non altrimenti di una istituzione giuridica sussistente di per sé, mentre invece la non è nulla più d'una collezione arbitraria per le istituzioni di diritto totalmente diverse. »

stesso diritto, col quale essa è congiunta, e che per suo mezzo può essere effettuata. 2. L' *occasione*, la quale è riposta nella lesione di quel diritto fatto dal convenuto, e che può essere porta da un delitto, da un impedimento frapposto all' esercizio del diritto, come anche dalla contestazione di questo. Col principiare dell' occasione, l'azione è nata nello stretto senso della parola, *actio nata*. 3. L' oggetto e lo scopo dell' azione, però in generale la difesa di diritto, la soppressione dell' occasione, insomma il riconoscimento effettivo del diritto. — In rapporto all' oggetto distinguonsi le azioni: a) in *azioni pregiudiziali* che si riferiscono al diritto di stato di una persona, ed in particolare ai suoi interessi di famiglia; b) in *azioni reali* come è il caso di diritti reali; c) in *azioni personali* che riguardano un' obbligazione o lo pretesa che le è correlativa.

2. Il procedere in giudizio, ovvero il processo, include in sé nelle contese come momenti principali: a) la *fissazione dei punti di controversia* delle parti, mercè l' azione; come pure mercè la risposta, cioè colla produzione di circostanze di fatto di colale efficacia giuridica da snervare in tutto od in parte l' azione; come anco mediante la replica che nello stesso intento della risposta viene novellamente contrapposta; ed cziandio per la duplica tendente a rifiutare la replica, e così via. b) La *frapposizione della verità* (processo delle prove) dell' asserto esposto dalle parti onde propugnare la loro pretesa al riconoscimento di un diritto, od il rifiuto di quanto sostiene la parte avversa. c) La *sentenza* che fonde sul risultato di questa investigazione. d) L' *esecuzione* del giudicato quando ad esso non si risponda spontaneamente.

3. Del cessare dell'azione in genere. Se il diritto ha fine, in tal caso cessa naturalmente anco il diritto d'azione. Ma il diritto d'azione può cessare da sé, e quivi occorrono i due casi, che il diritto perdura in sé (come *naturalis obligatio*) e solo non può essere esercitato coll'azione; oppure che il diritto cessa mediatamente coll'azione, — La specie più importante onde finisce l'azione, si è la *prescrizione*.

a) La *prescrizione d'azione* gli è il cessare d' un' azione in conseguenza d'aver mancato di promuoverla entro il tempo concesso dal diritto. Tranne poche, tutte le azioni trovansi soggette alla prescrizione, perocché tardando a promuoverle, si pone sempre in pericolo la sicurezza ed equità della sentenza giuridica. Nella prescrizione dell' azione, è d' uopo determinar più da vicino le condizioni, il tempo e gli effetti. — Le *condizioni* della prescrizione d'azione sono: α) un' *actio nata*, cioè deve aver avuto l'occasione dell' azione (*actioni nondum natae non currit prescriptio*); β) la continuazione della prescrizione; essa viene interrotta col promuovere efficacemente l'azione, al che deve tener dietro la citazione del convenuto γ). La condizione che il tempo sia trascorso del tutto; per il che l'a-

zione cessa soltanto lorchè sia trascorso l'ultimo giorno. Tuttavia in molti casi il tempo non vien computato per nulla; come è a dirsi del tempo in cui l'azione spetta al minorenne, ed in generale il tempo lungo il quale certi impedimenti giuridici impediscono sì attui l'azione: *agere non valenti non currit præscriptio*. — La *mala fides* di quegli che deve essere convenuto, non è nel diritto romano impedimento di sorta a prescrivere l'azione, e nemmeno le azioni reali. Nell'ultimo rapporto, il diritto canonico e dietro esso, il diritto comune, richiede *bona fides*, mentre poi esso nelle azioni reali confonde la usucapione colla prescrizione dell'azione.

b) Di consueto l'azione vien prescritta in tre anni. All'incontro alcune azioni hanno una durata più lunga, p. e. di 40 anni, che le son quelle che si riferiscono a chiese ed istituzioni di beneficenza, e quelle che furono promosse, senza che il processo fosse condotto a termine; altre invece durano più brevemente come è a dirsi delle azioni d'ingiuria.

c) L'efficacia della prescrizione è *formale*, lorchè all'azione contrapposti una risposta. Per ciò che spetta all'efficacia *materiale*, secondo il diritto comune ed in armonia alle vedute de' più accreditati scrittori, la prescrizione più giusta la è quella che toglie soltanto l'azione e non lo stesso diritto, sicchè rimane pur sempre intatta una *naturalis obligatio*, e così pure anche il cod. aus. al § 1432 acconsente non si paghi un debito prescritto.

CAPITOLO VI.

§ 20. Del possesso (1).

Nella nozione del possesso si accoglie non soltanto una importanza di diritto privato, ma eziandio di diritto di stato e nazionale. La filosofia del diritto a cui spetta serbare l'unità dei principii in tutto il sistema giuridico, deve pure per quanto sia possibile riunire nell'unità del concetto, tutto quanto il genio popolare accenna nella lingua con un'espressione. Ciò può aver luogo rigorosamente nel possesso.

1. *Nozione del possesso*. Il possesso offre evidentemente un'importanza giuridica, soltanto nella distinzione del diritto in sé, a seconda che questo regola obbiettivamente i rapporti. Il diritto all'intento di dar forza ad un diritto che per sé richiede un oggetto, non ha soltanto un lato

(1) Sul possesso, v. l'opera di Savigny: « Il diritto del possesso » a. ed. 1837; ed in rapporto al diritto canonico e germanico, la pratica comune ed i nuovi codici, come pure l'opera di Bruns « il diritto del possesso nel medio evo e nell'epoca presente » 1848, lavoro distinto per profondo concepimento giuridico positivo e filosofico.

obbiettivo, ma bensì uno soggettivo mercè l'immediato collegamento con una persona, nonchè colla di lei volontà ed intenzione. Se un oggetto è immediatamente vincolato ad una persona ed in guisa tale che non si possa replicare novellamente l'attuazione di tal diritto, in tal caso la persona *possiede* siffatto oggetto in base ad un diritto. Imperanto questo possesso in relazione al diritto obbiettivo può aver luogo in due maniere. Od esso offresi come emanazione e parte integrale dell'intero diritto, come p. e. il possessore, l'abilitato per servitù, il creditore con pegno, unitamente al loro diritto, hanno conseguentemente anco il possesso, il quale tuttavia come *conseguenza* del diritto, non offre nessun significato nella teoria del possesso. Ovvero si può tentare di propugnare il possesso come rapporto subbieltivo giuridico, tornando poi indifferente che s'appoggi sovra un effettivo principio giuridico, o soltanto sulla fede che tal principio ne sia la base. Anche siffatto rapporto soggettivo espresso nell'intenzione, viene difeso nell'ordine di stato, o per lo meno provvisoriamente protetto fino a tanto che sia decisa la quistione giuridica in favore o contro il possessore, ed in certi casi (usucapione) può anche scenderne il diritto stesso. La base di tal protezione del possesso come di un prossimo rapporto giuridico soltanto soggettivo, è riposta nella importanza giuridica della personalità e nella posizione di questa in confronto all'ordine generale di diritto. Siccome fa mestieri lo stato riconosca e attribuisca ad ogni persona una sfera di libera azione, di libero svoigimento giuridico della vita, e dovendo pure ogni persona regolare spontanea ed indipendente i proprii rapporti secondo le talenta, e collocarli in giusta relazione col diritto obbiettivo; così lo stato deve *supporre* (secondo il principio morale giuridico: *quilibet præsimitur bonus ac justus donec probetur contrarium*) che ognuno il quale trovasi al possesso in un modo esteriormente apprezzabile, si sia posto nel giusto rapporto col diritto obbiettivo. Siccome la personalità liberamente operatrice nel diritto, è una base dell'ordine giuridico, così convien anco che essa sia protetta nel suo immediato rapporto con un oggetto di diritto. Tuttavia siffatta veduta soggettiva d'un diritto e la intenzione relativa, si può introdurre non solo nel diritto privato, ma ben anco in molti rapporti *giuridici di stato*, come trattasi dell'attuazione del diritto per parte d'una sola persona, o d'una persona morale; e l'ordine nonchè il regolato progresso nelle cose di stato richieggono che in certi casi si mantenga lo stato di possesso sino a tanto che la controversia giuridica sia composta. Ed anco come avviene la presa in possesso per parte del supremo potere mercè l'usucapione, occorre pur sempre la vista soggettiva e l'intenzione, la quale però convien novellamente si legittimi per mezzo di un qualche riconoscimento interno, oppur trovando esteriormente alcuna forma obbiettiva. Finalmente la presa in possesso e lo

stato di possesso sono importanti anco nel diritto *internazionale*, ove una potenza regola il proprio rapporto verso una cosa, secondo la propria vista soggettiva, la qual cosa può essere prima ordinata secondo il senso giuridico obbiettivo internazionale per mezzo di riconoscimento di altre potenze. Per lo che offresi nel possesso il rapporto soggettivo giuridico in tutte le sfere del diritto.

In base alle discorse cose ne è dato scorgere quanto di vero e di erroneo vi abbia nelle altre maniere di fondare il possesso. Pretermettendo le antiche teorie che consideravano il possesso non altrimenti di proprietà provvisoria, e gli interdetti possessorii aveano in conto di rivendicazioni temporanee; e passando sopra alla dottrina conducente il diritto di difesa del possesso soltanto a quel principio di diritto pubblico, che nessuno nello stato si possa far giustizia di per sè; dopo la celebre opera di *Savigny*, dominò la veduta che considera il possesso siccome un semplice fatto, come un rapporto di fatto. In opposizione a siffatto insegnamento, oltre quanto ebbe a dire *Thibaut*, osservò in ispecial modo e giustamente *Gans*, quantunque diritto appoggiarsi ad un fatto, o a questo ricondursi, e che però il possesso è ad aversi per un *diritto*, ma soltanto per diritto relativo. Questa relazione veniva da *Gans*, in base ad una falsa veduta giuridica di Hegel, elevata a principio di tutti i rapporti giuridici. *Savigny* all'incontro credea scorgere nel possesso quel medesimo rapporto di fatto, che rendea giuridica la proprietà. Con somma verità egli ritrovava il principio della tutela del possesso nella personalità; tuttavia ebbe ad errare nel credere che tal principio non fosse riposto nella immediata relazione della personalità colla cosa, ma nella inviolabilità del corpo, onde egli giudica delitto il turbamento del rapporto di possesso. *Puckta* il quale nella sua nozione soggettiva del diritto, crede erroneamente che il possesso come diritto affine a quello della persona, sia un « diritto alla propria persona, » ripone in modo troppo generale il principio della tutela del possesso nella inviolabilità del *volere*, il quale ha luogo non solo nel possesso, ma ben'anco in altri rapporti giuridici. Chi più s'avvicina al vero è *Stahl* che scorse il principio della tutela del possesso nella *inviolabilità del rapporto di fatto sussistente fra una persona ed una cosa* (1). Del resto non si pensi sia esclusivamente il fatto a cui si rannodino i rapporti giuridici, avvegnachè desso come tale non è, e non diventa giammai un diritto, ma la è invece la *volontà* considerata siccome causa di rapporti di diritto, la quale nella sua relazione giuridica soggettiva verso la cosa, fa mestieri sia tutelata.

Ed ora facciamoci a sviluppare i più vitali requisiti che emergono dalla nozione del possesso.

Il possesso richiede: 1. La possibilità che una persona abbia un im-

(1) Filosofia del diritto, II, p. 405.

mediato *volere* a conseguire un oggetto, quindi che sia possibile vi sia la concorrenza del potere e del dominio di una persona sovra un oggetto. 2. La volontà o l'intenzione di esercitare a proprio vantaggio e per sé un diritto su quell'oggetto. E per ciò solo che il possessore detiene in proprio nome distinguesi il possesso dalla detenzione, e non perchè questa esprima un semplice rapporto di fatto fisico, mentre anch'essa presuppone una volontà in relazione all'oggetto (come Bruns dimostrava evidentemente combattendo la comune dottrina). 3. La possibilità d'esercitare replicatamente un diritto sopra un oggetto, *avvegnachè* diritti quali sono la maggior parte delle pretese, non possono incarnarsi che una sol fiata, con questa cessano, e quindi non si richiede per essi ulteriore tutela.

II. Da quanto si è detto resta determinata anco la sfera nell'applicazione del possesso. Tal nozione è applicabile ad ogni rapporto che consenta possibili replicati esercizi, quindi, 1. a tutti i diritti reali, di proprietà nelle sue diverse specie, delle servitù, e del pegno; 2. al diritto scendente da obbligazioni, come è il caso di obblighi che di lor natura ammettono un costante e replicato esercizio, p. e. le pretese di rendite, di alimenti; 3. ai diritti personali e di famiglia ad ottenere il mantenimento, diritti i quali accolgono ognora in sé atti ripetuti, p. e. il rapporto di un figlio determinante le persone che s'ebbero sin qui per i di lui genitori. Tuttavia nelle relazioni personali ed in ispecial modo di famiglia, convien venga dal giudice modificata od anco esclusa la tutela del rapporto di un possesso, nel caso che non sendo per sé legittimo, avesse a poter offendere il lato morale (1). Aderendo la pratica a siffatto triplice rapporto del diritto, almeno sin dal secolo 18, ne venne che i tre nuovi codici applicassero in senso reale la nozione del possesso, onde il tentativo di limitarla urterà pur sempre contro il senso ormai accettato universalmente per giuridico, e contro il comune linguaggio.

III. *Specie del possesso*. È talvolta il possesso ulteriormente determinato dallo scopo che in esso si raggiunge, sotto date *condizioni* regolatrici dei rapporti in rispondenza al fine. Indi sorge il *diritto di possesso*; e siccome duplice può esserne la *meta*, una più limitata che esige tutela, ed una più vasta cioè quella dell'usucapione, quindi ne viene vi abbiano due maniere principali di diritti di possesso, il *possesso per interdetti*, ed il *possesso d'usucapione*; nonchè due diverse specie di diritti possessorii. I principali requisiti del diritto di possesso, sono a) la *mananza*

(1) Bruns *luc. cit.* p. 190. La consueta partizione seguita anco da Bruns, tra possesso delle cose e possesso del diritto, io non posso indurmi a tenere per giuridica, *avvegnachè* il possesso nel quale si vuol essere difesi non è il possesso che si riferisce ad una cosa come tale, ma che riguarda un subbieltivo giuridico rapporto.

di difetto (non vizioso, come dice il cod. aus.); b) la buona fede; c) il giusto titolo. Tali note fur pur considerate soventi volte come maniere di possesso. Tuttavia esse (ad eccezione della buona fede per più rapporti) non presentano alcun significato per sé stesse, ma ne offron solo in relazione ai due scopi e specie di possesso già indicati.

1. Il possesso per interdetti ha la minima condizione di realtà; la mancanza di vizio è richiesta anche lorquando il possessore non abbia conseguito il possesso colla violenza, coll'inganno, o per concessione precaria (*vi, clam, precario*), in guisa che il solo possesso per sé non vizioso consente diritto a giuridica protezione. I mezzi giuridici sono gli *interdetti* onde conservare e recuperare il possesso, *interdicta retinendæ et recuperandæ possessionis*.

2. Il possesso d'usucapione esige più rigorose condizioni, a motivo dello scopo molto esteso, avvegnachè debba tal possesso condurre al pieno diritto. Queste condizioni sono nell'usucapione *ordinaria, buona fede, legittimità* ed un determinato *lasso di tempo*; nella *straordinaria* usucapione in cui la durata è *più lunga*, non si fa caso della condizione della legittimità, ma vuolsi sempre la buona fede. Dal diritto romano richiedevasi la buona fede soltanto al cominciare del possesso, ma il diritto canonico ed i moderni codici (tranne il francese), la vogliono per tutta quanta la prescritta durata del possesso. La *buona fede* (*bona fides*) consiste nel convincimento fondato sopra verosimili motivi, d'aver acquistato un diritto ad un oggetto; la *legittimità* (*justus titulus*) è riposta in un principio giuridico atto per sé ad acquisire il diritto (come p. e. compera, donazione, eredità). È dato essere ad un tempo possessore legittimo e di mala fede; p. e. chi scientemente compera da un ladro, in quanto al modo di compera è possessore di giusto titolo, ma lo è anco di mala fede. Ed all'incontro si può essere possessore di buona fede, e non avere il giusto titolo; come avvien dell'usufruttuario il quale irasceorre oltre i limiti del suo diritto di usufrutto nella persuasione che a lui spettino maggiori diritti.

3. Alla buona fede del possesso, le leggi hanno con maggiore o minore estensione annesse altre speciali importanti conseguenze, circa il rapporto subbieltivo del possessore verso l'oggetto, conseguenze che soglionsi di preferenza tenere in conto di particolari *diritti del possessore di buona fede*. Così in forza del § 329 del cod. austriaco, il possessore di buona fede può per la sola ragione del possesso di buona fede, usare ad arbitrio della cosa che egli possiede, consumarla ed anche distruggerla senza responsabilità (1); questa conseguenza avrebbe a designarsi come possesso utile di buona fede.

(1) Dal carattere giuridico *subbieltivo* a cui accennano anche le parole: « senza responsabilità » converrebbe come pur fece il diritto romano, decidere negativamente anche il quesito: se le servitù ed il diritto di pegno di

Che se ne piace considerare siffatte maniere di possesso, secondo la sfera di diritto in cui possano attuarsi, com'anco nel senso dei nuovi codici scendenti dal diritto romano, ne segue:

1. Il possesso per interdetti fa d'uopo, secondo i tre codici, lo si applichi a tutti i rapporti dei diritti personali, reali e procedenti da obbligazioni, ogni qualvolta havvi uno stato di possesso.

2. Il possesso di usucapione devesi colle teorie del diritto romano limitare come reale, ai diritti reali (proprietà e *jura in re aliena*), e gli è un confondere oggetti del tutto disparati, il dedurre da un possesso che non può essere tutelato se non condizionatamente, anchè la prescrizione che è pur introdotta a modo di eccezione per sicurezza nei contratti de' beni reali. Impertanto nelle pretese personali, perciò anche quando il possesso può essere presupposto a motivo delle ripetute prestazioni (p. e. quando trattasi di rendite), fa d'uopo escludere la prescrizione.

3. Il possessore utile di buona fede può trovar applicazione in tutto il diritto sui beni.

A tutela pel possesso, avvi anche mercè l'azione possessoria (interdetti) una speciale sollecita procedura, il *possessorium* (in contrapposizione al *petitorium*). Anche il diritto romano, il quale considerava il possesso per sè astrattamente, senza l'intima relazione alla proprietà ed al diritto, avea esso pure delineato esattamente i due procedimenti. All'incontro la pratica tedesca, appoggiata al diritto tedesco ed al canonico, ha serbato il rapporto del possesso col diritto obbiettivo; onde ne segue: 1. essere ammessa contro l'azione possessoria, la liquida eccezione del diritto; 2. potere anco essere congiunti il *possessorium* ed il *petitorium* però che muovano allo stesso scopo (1).

che il possessore di buona fede ebbe ad aggravare la cosa, sieno operativi oltre la durata del possesso contro il vero proprietario.

(1) *Avvertenza storica.* Il diritto romano pose sulle prime una sottile differenza tra possesso e diritto in relazione alla proprietà. In origine fu il possesso limitato a cose corporali come oggetti della proprietà. Poscia venne nella qualità di *quasi possessio* applicato ai diritti reali, o per lo meno senza contrasto, alle servitù. L'applicazione del possesso ai diritti reali, come anco l'introduzione d'un duplice possesso a tenore de' diversi scopi, del possesso di usucapione del debitore che ha dato il pegno, e del possesso per interdetti del pignoratario; avrebbe potuto condurre la romana giurisprudenza ad una più elevata nozione del possesso, ove la stessa non si fosse impastoiato colla facile e prediletta scappatola del *quasi*. Al diritto canonico non sfuggì la più importante remota genesi della nozione di possesso. Da principio fu applicato il possesso dei diritti ai diritti episcopali, come avvenne nel 6. concilio di Carlagine, 419, perciò in un'epoca in cui non avean per fermo influenza di sorta le teorie del diritto germanico. Il campo dell'azione possessoria ebbe ad essere quindi dilatato mercè la *exceptio spoli*, in-

Secondo la teoria qui svolta, la dottrina del possesso verrà posta nella parte generale.

trodotta da *Pseudo Isidoro*; e in forza del decreto di Craziano, la Clossa fu estesa al Decreto, e la pratica canonica alla semplice regola, di modo che se uno smarrisce in qualunque guisa una cosa altrui per colpa d'altri, avrebbe sempre facoltà di chiedere l'immediata restituzione. La *conditio* che si ebbe a dedurne, accolse in sé il vantaggio dell' unica azione romana, e la rese superflua (*Bruns* luo. cit. p. 170). Fu poi di somma sconvenienza, e per nulla guisa logica cosa, quella di estendere il possesso anco ai rapporti di famiglia, p. e. al matrimonio, come pur quella di introdurre nelle azioni matrimoniali la partizione del *possessorium* e del *petitorium*, le quali azioni sarebbe stato mestieri fossero rette da eminenti vedute di moralità. Nelle decretali dei secoli 12. e 13. ebbe ad essere in particolar modo perfezionata la dottrina del possesso dei diritti, mentre quanto al possesso di proprietà, la scienza venne novellamente in più guise ricondotta al diritto romano. I glossatori diedero tosto opera a restaurare soltanto la romana dottrina del possesso, ma tuttavia non potersi a meno di non scorgere in loro l'influenza del diritto canonico. Nel secolo 14 i giureconsulti italiani sostenevano il principio, doversi ammettere il possesso e la tutela di esso in tutti i *jura incorporalia*, ne quali il possesso potesse aver luogo; senza distinguere se appartenesse al diritto pubblico od al privato, al personale od al reale. — Il diritto germanico nella sua nozione della personalità, non avea distinto con tanta esattezza il possesso ed il rapporto obbiettivo giuridico, ammettendo senz' altro una guarentigia dei diritti. Quest' ultima concezione influì moltissimo sulla teoria e sulla pratica del medio evo. Il diritto comune si fu una miscela di principii romani, canonici e germanici. Da siffatto diritto comune vennero tratte quelle disposizioni sul possesso e sulla tutela dovutagli, che furono accolte nei tre nuovi codici, i quali tutti applicano la nozione del possesso non solo ai diritti reali, ma eziandio alle obbligazioni ed ai diritti personali.

La teoria di *Savigny*, cui cercarono i più recenti cultori del diritto romano introdurre nella pratica, limitando così la nozione del possesso, non appena la si vide favoreggiata dalla pratica, venne distrutta dall' opera di *Bruns*. E la simile tendenza di alcuni nuovi progetti (Alsazia, Sassonia) diretta a limitare novellamente la nozione del possesso ai diritti reali, non poté sussistere di contro alla pratica comune e ad una più profonda filosofia del diritto.

LA PARTE SPECIALE DEL DIRITTO PRIVATO

PRIMA PARTIZIONE

IL DIRITTO PRIVATO GENERALE

PRIMA SUDDIVISIONE

IL DIRITTO PERSONALE GENERALE

PROEMIO.

§ 21. *Del diritto personale in generale.*

Il diritto personale generale abbraccia le generali circostanze e note caratteristiche della personalità umana inerenti alla essenza sì dell'individuo, che ai rapporti giuridici (diritti ed obblighi) derivanti da uno scopo razionale di una data società. La nozione del diritto personale ebbe sempre diverse sorti d'ogni altro concetto. Mentre la più antica giurisprudenza ammetteva generalmente tale diritto, « ognor più s'andava formando il diritto naturale, sicchè ne sorsero in particolar modo i diritti di libertà, e le recentissime legislazioni tedesche, nonchè i codici prussiano ed austriaco si occupano dei diritti personali (1); la maggior parte de' moderni romaneschi ne hanno affatto bandita la nozione, e vogliono considerare solo come modificazione della capacità di diritto, i rapporti subordinati al concetto di persona (2). Quantunque il diritto

(1) Il codice prussiano non dà alcuna definizione; il codice austriaco al § 6 definisce i diritti personali per quelli che in parte si fondano sopra qualità personali ed in parte derivano da relazioni di famiglia. Il progetto di un codice civile per la Sassonia, il quale ancora al presente, come il codice civile austriaco al § 16, senza curare la teorica del romaneschi, al § 24 dice: « ciascun uomo ha dei diritti innati che si ponno conoscere dalla sola ragione, ed è quindi da considerarsi come persona; » dichiara al § 101: « I diritti personali appoggiano a qualità personali, ed a rapporti costanti con altre persone. »

(2) Così pure Unger, loco cit. p. 223. La partizione porta da me di diritto personale *generale e speciale*, viene contrassegnata da Unger p. 223 come vieta ed erronea (*Köstner de defectibus juris communis prob. 7*, e *Kreitmayer* osserv. II, p. 400), negandosi senz'altro l'introduzione dell'essenza dei diritti generali delle persone, come fondamento della divisione. Sovra tal punto

romano nel concepimento della personalità e dei relativi diritti, fosse penetrato dall'influenza della moderna convinzione de' proprii diritti, convinzione formata per effetto del cristianesimo e dell'incivilimento umano pure quel modo di vedere è ancora inferiore alla concezione del diritto romano. Perocchè se anco in questo sistema il diritto personale è soprattutto diritto di facoltà tuttavia il carattere della persona impresso pure a tal ramo del diritto la capacità giuridica, e (astrazion fatta dell'espressa designazione di un *jus quod ad personas pertinet* e *jus personarum*) in esso enumerò ed ammise de' diritti che non hanno connessione veruna col semplice *status*. E ad esso ramo giuridico romano appartiene non solo il diritto alla inviolabilità del corpo, alla dignità, all'onore, come anco il diritto della persona al libero esercizio della propria operosità, e il diritto di usare delle proprie cose; i quali diritti tutti, come scendenti dalla stessa fonte, veniano convenientemente protetti da una comune azione, la *actio injuriarum* (1). Lo *status civitatis* attribuiva al Romano importanti diritti, che possonsi tenere per pubblici, e che tuttavia erano inerenti alla persona. Ben sapea il Romano non essere un barbaro, soggetto ad un despota orientale, per non annettere alla propria persona dei diritti onde custodire la libertà, l'onore, la dignità e la inviolabilità corporale. Ma il cristianesimo ha concepita la personalità e la libertà ancor più altamente, e le moderne legislazioni l'hanno in massima ammessa sebbene le conseguenze da derivarsi sieno e più complete e più regolari.

io non conobbi i due scrittori; ma Unger però non s'oppone. La sussistenza di un diritto personale generale è antica come il cristianesimo; e lo studio della personale generale è antica come il cristianesimo; e lo studio della personalità umana assoluto e generale, riconobbe dei diritti in tutti i rapporti permanenti (si confronti il § 8).

(1) Nel titolo di somma importanza per tale quistione: *de injuriis D. 4710*, leggesi al § 1: *Injuriam autem fieri Labeo ait aut re, aut verbis...* § 2 *Om-nemque injuriam aut in corpus inferri, aut ad dignitatem aut ad infamiam pertinere* (v. anche l. 5, e l. 25 D. 19. 1) Unger invero opina, p. 497 che « se si volesse tenere ogni azione dell'uomo come un diritto concreto, sarebbe mestieri annoverare una innumerevole (?) serie di facoltà, che del resto non offrirebbero veruno (?) pratico interesse. » Ma onde siffatte facoltà non si immitino come le arene del mare, s'adopra appunto la scienza, col ricondurre, come è suo ufficio, l'individuo alla specie. Ed in vero la scienza non deve arrestarsi nè ad una mera generalità, come starebbe qui il diritto delle persone semplicemente generale, nè alle individualità; ma collegare questi contrarii principii conciliandoli nelle specie *particolari*. Ciò pur fecero i giureconsulti romani, col ricondurre le specie del *jus* e della *injuria* nel § 2 e 3 cit. alla *tutela corporis, dignitas, infamia e domus*. Unger però sosilene altresì che in quelle espressioni: « andar dritto, comperare qua e colà le occorrenti merci, fare un testamento, contrarre matrimonio » la nozione del diritto sia

Queste proprietà personali sono per doppio riguardo oggetto di giuridiche facoltà ed obblighi. Primieramente per la relazione alla persona che ha coscienza della propria volontà; in secondo luogo pel reciproco commercio con le altre persone. Sotto il primo aspetto il diritto naturale comune in armonia col diritto civile positivo vieta ad una persona di recar nocimento a sè stessa, malgrado che per tal divieto si ritrovi in contraddizione con i proprii principii; poichè avendo ammesso un diritto della persona ad incarnare la di lei volontà e ad usare delle proprie forze, sarebbe stata logica conseguenza il riconoscere nella persona il potere giuridico ad impiegare la propria energia onde danneggiar sè stessa. Il *diritto criminale* in tale argomento ebbe riguardo al vero senno giuridico ed al sentimento, e quindi minacciò di punizione in varie guise la persona che si recasse danno. E per fermo questa comune veduta appartiene al dominio della morale, avvegnachè questa acconsenta possa il diritto penale punire eziandio le opere immorali di una persona contro sè stessa. Del resto la troppo rigorosa nozione del diritto costringe a confondere nel diritto penale con tanto pericolo, senza confini netti, il diritto e la morale, mentre che anche qui la piena e retta nozione del diritto mantien ferma la nota distinzione, ed appresso soppone al giudizio soltanto il lato giuridico di un'azione apprezzabile, ammettendo ad un tempo vi sia una violazione giuridica ogni qualvolta vengano recate

assunta nel largo senso giuridico (?), nel quale essa esprime ogni potere, ogni cosa lecita, e che in tali casi si parla con nessuna esattezza di un diritto privato; per il che s'hanno biasimo anche i romaneschi da lui citati, come *Unterholzner*, *Heise*, *Wening*, *Schilling* i quali pur videro il diritto romano così com'è, non traverso il moderno prisma, ed accettarono il vero diritto privato particolare. — Ma senza osservare trattarsi qui da prima soltanto della sussistenza dei diritti personali, mentre questi formano la base comune al diritto privato e pubblico, convien pur richiedere a qual scienza spetti occuparsi di quelle azioni. Poichè nel caso che Unger non professi le dottrine storiche degli ἀδιάφορα ossia delle cose indifferenti, non gli rimane altra scelta traue quella di assegnarle ad una delle due scienze pratiche, la morale od il diritto. Esse però a motivo della loro estrinseca apparenza e rapporti, appartengono al diritto, e propriamente al diritto privato; mentre questo predominando immediatamente nel diritto, acconsente il libero arbitrio e la scelta, e quindi appunto ovunque, in ogni parte, nel diritto personale, nel reale ed in quello sulle obbligazioni, accoglie in sè un potere ed una lecita facoltà. Per la qual cosa non si può in niuna guisa porre quei diritti nella sfera del diritto pubblico. Gli è ben vero che il diritto pubblico deve riconoscerli, proteggerli, e in parte auco gli spetta limitarli; ma il fondamento del diritto non è nello stato od in uno scopo del medesimo, ma nella personalità, Unger, il quale biasima tanto frequente gli altri scrittori per oscurità, avrebbe pur dovuto come richiede la scienza concepire i rapporti con maggior chiarezza, e non arrestarsi nè alle generalità, nè alle individualità, ma porre i giusti partimenti con opportune distinzioni.

offese alla vita, sia che si volgano da una persona contro sè stessa, o da altri si facciano. Ne è dato in alcuna guisa sostenere l'obbiezione, che nel primo caso la persona sarebbe simultaneamente subbietto ed obbietto del diritto; avvegnachè sia eminentemente proprio del carattere della persona umana, l'essere insieme subbietto ed obbietto secondo le diverse direzioni. Come Leibnitz scorgeva in lui per la coscienza della propria persona, una *reduplicatio existentiae*; così questo più eccelso grado dell'essere e l'intima duplicità, scorgesi tanto nella coscienza morale sopposta a giudizio, quanto nel diritto. La differenza dei rapporti in queste pratiche sfere, emerge semplicemente dalla teoretica coscienza del proprio essere, perocchè mentre qui l'oggetto della coscienza dell'essere, gli è una ed integra persona; nella morale, ed ancor più precisamente nel diritto, non può mai essere oggetto del diritto e del giuridico giudizio tutta la persona, ma soltanto un singolo lato di essa, il caratteristico, e l'azione. Impertanto nella stessa guisa che la persona secondo queste direzioni può essere offesa ingiustamente da altri, può anco offendere ingiustamente sè stessa. L'obbietto è dunque lo stesso, solo cangiasi il soggetto. Duplice è pure il rapporto, uno morale secondo i motivi, uno obbiettivo giuridico in sè a tenore che è esteriormente apprezzato; ed i doveri e gli obblighi riscontransi del pari nel rapporto del subbietto (considerato quale essere agente) coll'oggetto. In tal guisa trovansi congiunti tutti gli elementi del diritto. Ma come per tutte le cerchie della personalità, ed anche pel diritto fa mestieri ammettere una sfera di libera disposizione, nella quale il poter centrale dello stato non deve immischiarsi nè colla giurisdizione, nè coll'amministrazione; così è forza rimangano esternamente impunte molte ingiustizie che una persona fa a sè stessa, nè si abbiano a sopporre che al foro interno; mentre certe opere che la pubblica coscienza riconosce assolutamente per violazioni al diritto, o che sono tali in relazione allo stato (p. e. la mutilazione di una mano per sottrarsi al servizio militare), soggiacciono alla pubblica punizione. Anche in tale argomento vengono tracciati i confini tra la cerchia privata e la pubblica, confini che si determinano eziandio per la intuizione morale giuridica del popolo, e pel suo grado di civiltà.

Dal fin qui esposto è dato porre le seguenti proposizioni.

1. Havvi un diritto personale fondato nel solo essere e nell'essenza della personalità.

2. Vi ha eziandio una *pluralità* di diritti personali, che costituiscono tante specie principali, quanti sono gli elementi primarii, le facoltà e le essenziali aspirazioni della attività della persona umana, determinate dai fini della vita (§ 21).

3. Queste precipue specie di diritti scendenti dalla personalità umana, le son comuni ad ogni persona considerata qual essere sensibile e ragio-

nevole, e costituiscono perciò un *generale* diritto personale, il quale escluso quello che si riferisce alla esistenza fisica, accoglie nei più importanti generali principii fondamentali, anche l'unione di più persone (persone giuridiche).

4. I diritti personali vengono esercitati: a) dalla persona *per sè stessa* e per lo scopo cui le è dato raggiungere senza la cooperazione degli altri uomini, sendo che possa operare con giustizia o no verso sè medesima; b) nel vicendevole *commercio* cogli altri uomini, i quali sono al postutto tenuti ad un contegno negativo, col non recar molestia o danno.

5. Non il diritto, ma l'*esercizio* di esso viene determinato e spesso fiato limitato altresì o del tutto impedito dalle leggi, alle quali ciascuna persona è astretta ad obbedire come alle essenziali forme del diritto, quantunque volta che le non violino i santi diritti dello spirito (p. e. diritti di religione), nel qual caso ognuno deve esaminare, se debba ubbidire piuttosto a Dio che agli uomini, sommettendosi in pari tempo alle punizioni legali. Ed è di cotanta importanza che s'abbiano sempre i diritti formale sanzione dalla legge, che ogni legislatore deve adoprarsi assaisimo onde distruggere il pregiudizio, che le leggi facciano qualche cosa di giusto od ingiusto.

6. I diritti personali sono *assoluti*, in quanto che scaturiscono immediatamente dalla personalità, sendo che sussistono senza vi sia mestieri presupporre un'opera per parte del soggetto o d'altri. Vengono detti altresì diritti fondamentali perchè sono le basi di altri diritti che diconsi derivati, i quali si ponno sempre ricondurre a qualche diritto fondamentale.

7. Si danno pure dei diritti personali i quali in vista di personali rapporti — che secondo le circostanze si concepiscono diversamente, — non ponno essere acconsentiti alle persone, se non dal diritto positivo.

8. I diritti personali formano il fondamento generale al diritto privato e pubblico, però che sia la personalità in ispecial guisa il punto di partenza e lo scopo di qualsivoglia diritto.

§ 22. Delle particolari specie, o divisione del diritto personale.

Il diritto personale si parte a tenore degli essenziali rapporti della vita in particolari specie di diritti, i quali sono generali, e di cui ciascuna include alla sua volta la possibilità di molti diritti singolari. Nella stessa guisa che i rapporti della vita scendenti dal solo principio della vita umana, formano una divisione secondo i generi, le specie e le individualità, così anche un solo dei diritti personali ammette una rispon-

dente partizione (1). La formazione dei rapporti della vita si compie però sovra basi composte di due parti integrali costituenti la persona umana; una eccelsa, divina, *assoluta*, manifestantesi nella ragione, e ne' scopi suoi assoluti; l'altra *individuale* composta di spazio e di tempo. I quali due elementi ritrovansi costantemente nell' uomo in intima unione, così che anco gli scopi assoluti, quantunque debbansi ognora come tali onorare e seguire, vengono in più modi limitati dall'individualità dal tempo e dallo spazio; e dal canto suo anco l'individuale, limitato e finito conviene sia nobilitato da una meta più sublime. Vi ha quindi due specie principali di relazioni e di diritti: 1. obbiettive *relazioni* di scopo, ed i diritti indi scendenti; 2. relazioni e diritti di individualità. A siffatta partizione ne torna utile limitarci qui per quanto, spetta il diritto privato, ed incominciare la trattazione della seconda specie. Del resto riesce vantaggioso il rammentare non essere tali rapporti in veruna guisa diritti, ma accogliere essi in sè a tenore di loro reciproca destinazione e condizione, rapporti giuridici e diritti.

1. I rapporti di individualità;

A nell'individuo considerato in sè.

1. Fa mestieri aver riguardo all'individuo umano, qual'essere *vivente*, dal concepimento fino alla morte. Col *principio* della vita è data la capacità ad acquistar diritti ed anco un'abilitazione. Siccome la sua vita è già dal primo istante protetta con diritto preventivo e penale, così riescono anco nel diritto privato guarentiti in molti casi al feto, lorchè trattasi de' vantaggi suoi, certi diritti; p. e. nel diritto di eredità, se egli nasce vitabile. Quindi il principio del diritto romano: « *Qui in utero est perinde ac si in rebus humanis esset custoditur quoties de ejus commodis queritur.* » La è questa una finzione ben lungi dall'esser necessaria, poichè il diritto del *nasciturus* è da intendersi come *condizionato* alla nascita. — La nascita, per cui la vita del figlio rimane indipendente per esser staccata dal corpo della madre, fosse anco per un istante, e dovesse pure cessar tosto di vivere; la nascita non determina il principio della capacità dei diritti, ma dell'acquisto dei diritti eventualmente destinati al bimbo, ed è la condizione di ulteriore attitudine ed abilitazione ad aquistar diritti. — Il termine della idoneità giuridica e della abilitazione viene porto dalla morte. Se non che sorge talvolta un dubbio, se taluno sia tutt'ora vivente. Le leggi civili apposero diverse condizioni alla supposizione della morte. Secondo la pratica del diritto comune, convien s'ignori ove sia una persona e che sien scorsi almeno 70

(1) Tale partizione la troverai più largamente svolta nella mia filosofia del diritto a pag. 345-431, ove divisi in 8 parli il diritto personale. Ivi questi diritti personali sono trattati come principii comuni al diritto privato e pubblico. V. anche Röder, Diritto naturale p. 100-108.

anni dalla di lui nascita, perchè la possa esser dichiarata morta. Il diritto austriaco vuole un'ignota assenza di 10 anni, e 80 anni decorsi dalla nascita.

2. Le differenze particolari ed essenziali nella vita fisica e spirituale dell'individuo, le quali non sono diritti in sè, ma che tuttavia collegansi a rapporti giuridici (diritti ed obblighi), sono:

a) La *differenza d'età*. Offrono un senso giuridico i tre gradi seguenti α) la *maggiore età* che pel diritto romano comincia col compimento del 25. anno, del 24. pel diritto austriaco e prussiano, e col 21. in Francia (e ne' paesi renani), Inghilterra, Baviera, Sassonia ed Assia-Darmstadt. Chi non è giunto a tale età, dicesi minorenni (*minor*). β) La *pubertà* (*pubertas*) che generalmente principia col compiere del 14. anno (pel diritto romano la femmina era maggiorenne col 12. anno); chi non ha per anco raggiunta tale età, chiamasi impubere. γ) L'infanzia (*infantia*) che generalmente dura fino al compimento del 7. anno. — In armonia a siffatte differenze di età viene specialmente modificata con tutta esattezza la capacità giuridica, e si attribuiscono anche nei casi eventuali, determinati diritti. Gli infanti non sono generalmente imputabili, nè possono mercede le proprie opere acquistare diritti, nè obbligarsi, avendo sempre bisogno di un tutore. Gli impuberi che hanno compiuto il 7. anno, possono già di per sè acquistare il possesso, e secondo il codice austriaco (§ 861) accettare una promessa che lor torni vantaggiosa, ma non obbligarsi; insomma migliorare e non mai rendere men prospera la propria condizione. Invece ai minorenni, quantunque sieno di per sè soli incapaci di stringere obbligazioni, tosto che abbiano scorso il 14. anno, sono acconsentiti alcuni speciali diritti. La *maggiore età* fonda la piena capacità d'azione.

b) La *differenza di sesso*, che tanto nel diritto romano, quanto nei più antichi diritti tedeschi era di sommo momento, appoggia anco al presente lievi giuridiche diversità (nel diritto cambiario tedesco, anco le donne possono vincolarsi con obbligazioni di cambio). Soltanto si manifestan più grandi differenze, per quanto spetta alla vita pubblica.

c) Le *differenze della salute di spirito e di corpo*, come è a dirsi della demenza, mania e furore, non sospendono giammai la capacità giuridica, ma bensì quella di azione, eccetto nei così detti lucidi intervalli (*lucida intervalla*), eccezione che il codice austriaco non ammise se non per gli atti di ultima volontà (§ 567). — All'alienato di mente, viene pareggiato il prodigo in quanto trattasi dell'amministrazione di sua sostanza non appena che dal giudice venga dichiarato dissipatore. Altri difetti corporali, come cecità, sordità e simili, hanno pure giuridiche conseguenze.

B. I rapporti dell'individuo in relazione all'esterno, sono:

1. La *parentela*, che è di triplice specie.

a) La consanguineità, ossia il rapporto di più persone fondato sovra la procezione, e sulla conseguente comunanza di sangue. Tali persone o trovansi congiunte in *linea retta*, la quale si parte ulteriormente in linea ascendente o discendente; oppure sono collegate in linea collaterale. Diversi principii dominano nel diritto romano e nel canonico circa la computazione dei gradi di parentela nella linea collaterale, poichè il primo la determina secondo il numero delle generazioni che sussistono fra più persone (*tot sunt gradus quot sunt generationes*); ed il secondo pone la regola che nello stesso grado in cui una persona di una linea, ed anche in linea disuguale la persona più lontana, trovasi congiunta con un comune ascendente, sia congiunta altresì colla persona dell'altra linea. Nei moderni codici predomina la veduta del diritto romano.

b) La parentela detta fittizia risulta dall'adozione, vale a dire accoglimento in luogo di figlio. Secondo i principii della chiesa cattolica si forma una parentela spirituale tra il battezzato e cresimato e genitori suoi, col padrino ed amministratore del sacramento.

c) L'affinità è la relazione di un conjuge coi consanguinei dell'altro.

Alla parentela naturale vanno congiunti i più importanti diritti ed obblighi, in particolar modo come è il caso del diritto d'eredità.

2. I rapporti di stato, che sotto il punto di vista della nascita — come nobiltà, borghesia, contadini — furono già influentissimi, in guisa che il diritto di una singola classe si opponea al diritto privato civile comune; al presente, mercè la tendenza universale a fondere le condizioni tutte nella generale borghesia, perdettero la maggior parte di loro influenza sulle relazioni di diritto privato. Tuttavia in forza dell'articolo 14 dell'atto tedesco di confederazione, trovansi assicurati certi privilegi all'alta nobiltà, in tutti gli stati della confederazione. Ma per una esigenza veniente della necessità di sociale divisione, devono organizzarsi in luogo delle antiche classi, gli stati naturali a tenore dei principali fini della vita, così come sono contrassegnati dalle diverse direzioni, e per questo stabilire particolari diritti privati.

3. La cittadinanza fonda la condizione all'acquisto ed esercizio di certi diritti privati. Di regola però gli stranieri, in quanto spetta al diritto privato, sono pareggiati ai nazionali (cod. civ. aust. § 33, cod. terri. pruss. § 41-43).

II. I diritti personale relativi ai generali scopi della *vita*: religione, costumatezza, arte, educazione, commercio e mestieri; ed attinenti ai più elevati *caratteri fondamentali* delle persone, come libertà ed onore, se hanno somma importanza nel diritto *pubblico*, non mancano per fermo di interesse anco nel diritto privato. Essi formano la base dell'abilitazione alle azioni di qualsivoglia persona, operante per sè stessa, e per quelle persone che ritrovansi nella sua sfera privata, e sotto la di lei podestà

(figli minori); azioni che a lei si manifestano per condizioni onde incarnare le proprie aspirazioni religiose e morali; oppure per soddisfare alla vaghezza di istruir sè ed i proprii parenti, sia di per sè stessi, sia per mezzo dei libri, o per cura d'altri; o finalmente per l'acquisto, caso ed alienazione de' beni materiali, come altresì per proteggere il proprio onore e libertà. Il diritto privato della persona individuale, abbraccia necessariamente la casa qual sede permanente dell'esistenza, e i più nobili popoli che tennero in gran conto la propria personale libertà, hanno sempre cinto di speciali guarentigie il diritto del domicilio, non altrimenti d'una emanazione della personalità nello spazio. Fra i diritti personati, hanno sommo interesse nel diritto privato quelli relativi alla religione, alla libertà ed all'onore.

1. In riguardo alla *religione*, primieramente coll' articolo 16 dell' atto di confederazione germanica è stabilito per tutti gli stati di questa, il principio dell'uguaglianza dei diritti civili e politici in favore dei membri delle tre confessioni cristiane. All'incontro la civile posizione degli ebrei è per la religione loro modificata in molti stati, i quali però loro acconsentono l'esercizio libero di essa religione. — Il diritto privato di religione include in sè anco la facoltà giuridica, e di mutare confessione religiosa secondo la propria credenza, e di praticare nella propria casa cerimonie religiose che rispondano alla intima convinzione. Per ogni esterno sociale esercizio, è in potere dello stato imporre quelle condizioni, che sono richieste tanto alla pacifica sussistenza simultanea de' diversi culti, quanto dalla sicurezza e scopo dello stato.

2. Al presente la *libertà* della persona è ammessa in tutti gli stati che non riconoscono la schiavitù o proprietà di una persona quale diritto fondamentale dell' uomo; le offese a questo diritto sono oggetto del diritto penale.

3. L'*onore*, che è una posizione della vita morale della persona, attribuisce a questa certi diritti, volendo che si abbia la stima altrui, vietando ogni azione per parte d'altri che la possa offendere, e acconsentendole pure la propria difesa (p. e. negli attentati contro l' onore delle donne). In oltre gli è esso stesso una condizione all'esercizio di alcuni diritti nel diritto privato, e molto più nel pubblico. Negli odierni diritti comuni, a motivo de' mutati costumi, trovan rade volte applicazione i principii del diritto romano e del tedesco sull'onore e disonore. La pratica, le considerazioni di moralità e le leggi servono di norma.

Tutte le qualità caratteristiche della persona offrono da prima come indipendenti *basi* di diritti e quindi anco per ulteriori modificazioni della generale capacità giuridica, nella sua *influenza* circa l'acquisto e l'uso d'altri diritti. Di più ad esse qualità si annodano anco *effettivi* diritti, in guisa che si parla con esattezza tanto nel senso della materia, quanto

in quello della lingua, dei diritti di religione, di libertà e di onore, come altresì dei diritti dell'età, del sesso, della parentela, e così di seguito.

§ 23. *Delle persone giuridiche* (1).

I. *Nozione.* La nozione di persona fu astratta dall'esistenza di un solo uomo, ed apposta ad una *ideale unione* di persone, destinata ad un fine. Siffatto modo di vedere non è ad aversi per finzione, avvegnachè appoggi egli sovra veri rapporti della vita, e in ogni caso riferisca l'ultimo fine a singole persone (2). Il fondamento di tale estensione della persona, è riposto nella brevità della vita umana che vuol essere prolungata. Sendo che vi abbiano degli scopi che richieggono operosità comune, od avanzano la forza e la breve durata della vita dell'uomo individuo, torna necessario allo intento di raggiungere quei fini, sia rettamente ordinata un'amministrazione permanente, avente attività e sostanza comune. Come nell'individuo umano l'anima razionale si è il fondamento della personalità, in egual modo uno scopo ragionevole si è, non altrimenti dell'anima, il giuridico fondamento della personalità ideale. Nel pieno e general senso della parola, devesi quindi appellare giuridica persona, ciascun tutto ideale composto di persone, legalmente esistente, avente uno scopo qualunque, sia religioso, quanto morale, scientifico, artistico, economico, o qualsivoglia altro. La relazione dello scopo col tutto ideale, può essere essa medesima diversa nel modo, in quanto che sia dato raggiungere lo scopo o *per l'unione*, o *nelle* persone accolte idealmente insieme (p. e. orfani, poveri, infermi). L'ideale intero o complesso di persone, non che lo scopo da lui od in lui raggiunto, non può mai essere considerato in modo sensibile una facoltà, senza beni reali. Ma sarebbe però cosa del tutto erronea il contemplare anche qui, come usano i più dei romaneschi seguaci della limitata nozione romana, il lato giuridico soltanto nelle sostanze, avvegnachè quand'anco queste sieno il più delle volte la cosa principale, non rappresentino tuttavia che un sol lato del rapporto giuridico. Per la qual cosa fa mestieri che innanzi al retto senso svoltosi nei diritti germanici e nella recente civiltà, si riflettin le romanesche vedute di Savigny e degli altri romaneggianti, i quali tengono solo per persone e

(1) La nozione di « persona giuridica » non è nulla più d'una contrazione verbale di una giuridica ideale « comunanza di persone » e rimane ancora a risponderci alla domanda che chiede come una tale comunanza possa essere *subbietto* di diritto, senza finzione. Ma in vero sono sempre *subbietti* del diritto, persone determinate od indeterminate, però secondo una comune *direzione*, od una *unità* di scopo.

(2) Tal materia troverai bene ed estesamente svolta da *Bluntschli*, Diritto privato I. p. 108-124.

giuridiche quelle ideali comunanze di persone che e sono atte ad aver beni reali e li posseggono in fatti. Alle persone collettive che intendono a scopi razionali, come sono le società religiose, le scientifiche, le letterarie, è di sommo momento sia innanzi tutto riconosciuto in esse, secondo certe norme, il diritto alla esistenza e all'operare, essendo ben di poco rilievo l'amministrazione delle loro sostanze forse troppo tenui allo scopo ed alle persone. Le sostanze possono trovarsi in differepti rapporti collo scopo. O desse formano lo scopo stesse, come è il caso di tutte le società di commercio; oppur servono allo scopo, o, in altre parole, come fattori principali, il che avviene nella fondazione, o sussidiariamente, come in una società letteraria già costituita. Alcuni tra più recenti scrittori hanno proposto di chiamar *morali*, tutte le persone ideali pressò cui lo scopo etico va innanzi alle sostanze; e le altre, persone *giuridiche*. Ma codesto sarebbe un sancire l'errore per cui tiensi non vi abbia cosa giuridica che a' beni reali non si riferisca. Al postutto potrebbesi chiamare le une persone ideali, etiche giuridiche; le altre, patrimoniali giuridiche. Tuttavia le differenze sono meglio distinte dalle specie dalle persone giuridiche.

Per quanto spetta propriamente alle differenze essenziali che corrono tra le persone giuridiche e la individuale persona fisica, si osservi che a quelle non sono per niuna guisa applicabili quei rapporti di diritti che sono propri del lato sensibile della personalità, quindi delle relazioni di età, di salute, di alienazione mentale e di famiglia, nonché quei diritti ereditari legittimi che trovansi fondati sulla consanguineità, quantunque esse persone giuridiche possano testare.

II. Le *principale specie* delle persone giuridiche vengono determinate sotto due aspetti :

1. Secondo la diversità dei precipui scopi reali ;
2. A tenore della differenza della posizione giuridica dei *singoli membri*, in confronto alla persona giuridica considerata quale *unità ideale*.

1.) Secondo la diversità dei principali scopi giuridici, religiosi, scientifici, commerciali, morali sono giuridiche persone *a)* nella sfera politica lo *stato* in sè e nei principali impiegati ed autorità proprie; come pure i comuni; *b)* la *chiesa* e le società religiose; *c)* le società scientifiche, artistiche, pedagogiche, ed eziandio singole parti di esse (p. e. facoltà); *d)* gli istituti e società di traffico e commercio, *e)* gli stabilimenti di beneficenza, in particolare le fondazioni e società pel ricetto de' poveri, orfani ed infermi, ed altre simili.

2). Secondo la diversità della posizione giuridica de' singoli membri rispetto alla unità ideale della persona, specialmente riguardo al patrimonio, vi hanno tre specie aventi in sè stesse una possibilità di giuridica esistenza anzi sussistenti effettivamente :

1. Havvi la prima specie quando la persona giuridica avuta in conto di ideale unità, si è il soggetto abilitato del patrimonio, in guisa che le individuali persone componenti la superiore ideale, non sieno proprietarie. Questa è la persona giuridica romana la *universitas personarum*, e per lo più dicesi *corporazione*. Ad essa appartengono le istituzioni di beneficenza, i conventi, le università, parecchie maniere di corporazioni d'arti od associazioni, ed in generale quelle corporazioni nelle quali i singoli membri si tengono in conto di trascorrimenti che nulla più si hanno d' un temporaneo usufrutto. Quinci ne segue necessariamente che allo scomparire di siffatta persona giuridica, il patrimonio non si devolve agli individui contemporanei, ma passi allo stato non altrimenti di sostanza senza padrone.

2. Una seconda specie di persona giuridica riscontrasi ove soltanto i singoli membri sono i soggetti abilitati del patrimonio, e che però questo gli è diviso tra di loro sulla base di principj della *comproprietà*. Queste sono le consuete società cui tuttavia molti romaneschi non vogliono stimare come persone giuridiche, ma che malgrado opposizioni sono giustamente come tali indicate in pratica e nei nuovi codici. Ad essa specie appartengono le tre specie di società industriali, la collettiva, l' accomandita e l' anomina, parecchie associazioni di assicurazione, e molte altre private riunioni intese a leciti scopi. E quivi allo sciogliersi della società la sostanza vien divisa fra i membri esistenti.

3. Si dà una terza specie di persona giuridica, quando l'abilitazione è incrente secondo diverse direzioni, e ad essa persona considerata siccome unità ideale, e simultaneamente ai singoli membri suoi, ed il rapporto di patrimonio viene regolato secondo il concetto germanico di sostanza comune (v. § 28). Siffatta maniera di persone giuridiche vien detta da molti *consorzio* (1); ma havvi incertezza di molti e sommi dispareri che si danno intorno al concetto ed importanza di essa, comunque però si accordino parecchi nel rifiutare la nozione di coloro, che ammettono in proposito l'antitesi romana della *universitas* sia che nasca da un contratto (*societas*), o dal caso. Questo consorzio offresi come la interna riunione organica d' entrambe le opposte istituzioni della *universitas* e *communio*. Di consueto il consorzio ha di comune coll' *universitas* il carattere di durevolezza e d' ordine, e comunque esso non altrimenti della *communio* acconsenta agli individui un' abilitazione, tuttavia la operosità ed ingerenza che questi hanno nel consorzio non viene determinata in parte quantitativa, ma di qualità, non altrimenti che avviene nella proprietà divisa (v. § 28). Questi consorzi si riscontrano nei consorzi di famiglia, di comune,

(1) Il concetto del giuridico consorzio germanico viene abbracciato da *Be-seler*, *Bluntschli*, *Schüler*, *Weiske*, ed altri, ed è rifiutato da *Thöl*, *Gerber*, *Walter* e da altri.

di marche, di argini e dighe e di molte corporazioni di mestieri e maestranze. Gli è necessario che allo scioglimento di siffatti consorzi assunti come unità, concorra l'adesione dei singoli membri, a cui si devolve la sostanza in proporzione determinata, o da determinarsi.

III. I *principi di diritto*. Siccome la persona giuridica la è ancor meno della individuale, una semplice sostanza di diritto privato, così il suo lato *pubblico giuridico* in relazione allo stato si rivela con più grande evidenza, e convien lo si consideri più diligentemente. E qui fa mestieri stabilire il principio generale che comunque lo stato non debba aversi per base e causa (*causa efficiens*) dello persona giuridica, convien tuttavia si immischi nell'origine, alla costituzione, all'amministrazione, e sovente anco alla fine della persona giuridica.

I rapporti di diritto della persona giuridica sono regolati dalle *condizioni* riferentisi ai di lei rapporti vitali. •

Le condizioni del formarsi o costituirsi della persona giuridica, si atleggiano diversamente secondo i rapporti di civiltà d' un popolo, ond'è che sia del tutto erroneo lo stabilirle astrattamente uguali per tutte le particolari specie delle persone giuridiche. Nel medio evo ebbero a formarsi molte persone giuridiche d' ogni maniera, senza che vi cooperasse l'approvazione dell' autorità dello stato, e perchè era assai debole una tale autorità, e perchè sommo l' impulso alla formazione dei consorzi. Ma nei tempi più recenti sendosi immutata la posizione della autorità dello stato, e accresciutasi la di lui superiore vigoria, collo estendersi de' doveri di difesa e cura spettanti ad essa autorità e col dominare della pubblicità che tutta penetra la vita dello stato, conviene ammettere che lo stato debba *conoscere* (per annunzi ed esposizione di statuti presso una autorità pubblica) ogni giuridica persona. E tal conoscenza fa mestieri tenere in conto della più piccola condizione dell' esistenza d' una persona giuridica; ed allo stato è inerente ad un tempo la facoltà di impedire la formazione e la vita della persona giuridica con tutti que' mezzi acconsentiti dalla di lui costituzione, ogni qualvolta lo scopo ed i mezzi di essa persona tornino contrari alle di lui leggi. Però lo stato mercè tal conoscenza dovrebbe andar pago di seguire con molte persone giuridiche, dà scopi liberi sociali veramente umanitari, religiosi, letterari. All' incontro ben diversi sono i rapporti di persone giuridiche, la di cui operosità trovasi strettamente collegata cogli interessi economici nazionali, ed alle quali col formarsi del patrimonio, rimane limitato il principio naturale della responsabilità e guarentigia personale, come è il caso nelle società per azioni o nelle collettive, o dove sussistendo delle istituzioni, fa mestieri si colleghino colla vita della società e dello stato, come: fondazioni, comunità, ordini. Per tali consorte occorre la precedente approvazione dello stato, approvazione

che tuttavia non avrassi a concedere arbitrariamente, ma secondo le norme generali regolatrici del diritto di riunione, e premesso l'esame degli statuti e di tutti i rapporti condizionanti. Onde conoscere la relazione della persona giuridica coll' interesse generale, ha lo stato il diritto delle superiore vigilanza, che può essere praticata in diversi modi e secondo le circostanze anche col mezzo di commissari. Tal vigilanza è pur necessaria su tutte le società economiche nazionali dell' industria. E sarebbe cosa somminamente giovevole l' incaricare le camere di commercio e d' industria di guardare la formazione del patrimonio, nonchè la regolare resa annua de' conti esponenti il vero stato della società ecc., mentre però la vigilanza superiore sarebbe pur sempre riservata al governo dello stato.

Allo stato spetta anco il diritto di sopprimere nè modi legittimati dalla propria costituzione, quelle persone giuridiche il di cui scopo vien riconosciuto contrario al bene comune, oppure non è più effettuabile (p. e. in un determinato luogo). Come trattasi di corporazioni religiose occorre la concordanza colla superiore autorità ecclesiastica. Del resto la è sempre una esigenza del diritto, ed un costume pratico, che il patrimonio di una corporazione soppressa, abbia ad essere adoperato per scopi simili o per lo meno affini a quelli cui intendea la cessata persona giuridica (1).

IV. I rapporti *interni* di una persona giuridica sono regolati particolarmente dallo scopo, quindi dalla specie di comunanza del patrimonio, e per solito dagli statuti i quali per conseguenza danno norma prima di tutto. Nella mancanza e pel completamento di essi, si possono dedurre determinati principi dalla essenza della persona giuridica. Nell' accoglimento degli statuti, in ispecial modo come trattasi di quelli delle società industriali, l' autorità dello stato deve soprattutto osservare che un' oligarchia fondatrice non leda gli interessi della grande maggioranza come ingiuste determinazioni, con esuberanza ne' diritti di fondatori, per condizioni aggravanti nell' attuazione del consorzio (p. e. un troppo gran numero d' azioni). — Del resto ebbimo già ad accennare come esigenza del diritto e dell' umanità, il bisogno che corre di schiudere un vasto campo all' attuazione di doveri positivi, morali e giuridici, collo istituire delle casse di pensione a beneficio delle vedove e degli orfani, nonchè pei membri operosi della società.

L' incarnazione de' diritti e de' doveri della persona giuridica avviene per mezzo de' rappresentanti. Mercè tali organi, e mediante disposizioni di ultima volontà essa può in determinati casi acquistare possesso, proprietà, diritti reali e pretese.

(1) Il dir. territ. prus. II. e. § 105, sancisce che lo stato debba aver cura che in appresso si raggiunga più che sia possibile l'intenzione de' fondatori.

§ 24. *Passaggio al diritto di economia privata ossia al diritto di patrimonio.*

Il diritto personale è stato riconosciuto come un diritto generale, avvegnachè costituisca la base non solo d'ogni diritto privato e pubblico, ma altresì di tutti gli speciali diritti privati. Come si ebbe a dire precedentemente, dobbiam guardarci dal limitare in opposizione ai nostri più elevati e colti rapporti della vita, il diritto privato al solo diritto di patrimonio. Ed in vero questo benchè predomini esteriormente nella nostra vita, non è nulla più di un ramo del diritto privato che però per più elevati rapporti e scopi della vita, tocca altre determinate branche, come i diritti privati di religione, di morale, di educazione, di scienze ed arti. Questi rami sono per fermo poco sviluppati, e possono essere più brevemente trattati di quello che sia d'uopo fare col diritto di sostanza, cui conviene svolgere largamente e con molta profondità, nonchè negli opposti interessi. Essi di consueto vengono uniti in un tutto col rispondente diritto pubblico; ma sono di grande importanza nei rapporti sociali, cui attribuiscono maggior forza intellettuale e morale. Il diritto di sostanza non è che una parte del diritto di economia privata, e trovasi tutto quanto nelle partizioni di diritto *privato* di produzione, di circolazione e di consumo. Quindi il diritto comune di sostanza, il quale dividesi in diritto sulle cose e sulle obbligazioni, presenta soltanto i principii generali, e nel diritto sulle cose tratta le specie principali di queste, come altresì il loro acquisto e perdita; e nel diritto sugli obblighi espone il diritto generale, ma solo individuale di *circolazione*, mentre che il diritto al consumo che nella vita privata viene riposto quasi esclusivamente nella libertà non s'ebbe pur anco un proprio perfezionamento. Ma nella stessa guisa che nella scienza economica oltre i principj *generali*, vengono svolti anche i rapporti economica dei *particolari* rami di produzione (delle produzioni primitive e delle arti tecniche), nonchè le diverse maniere della circolazione; così havvi anche uno speciale diritto della produzione primitiva (coltivazione de' campi, scavo de' monti) dell'arti tecniche, e delle speciali maniere del commercio, che fu mestieri sviluppare in *particolari* diritti privati, come tanti rami del diritto privato di singoli *stati* economici. Per il che anco in siffatta parte del diritto di economia privata convien distinguere il diritto generale dai diritti speciali. Ed in oltre nel diritto generale del commercio e delle obbligazioni, fa mestieri riguardare in particolar modo quegli obblighi che non concernono cose reali; avvegnachè se

anco in altre sfere del diritto offronsi ugualio simili forme del commercio, p. e. la forma generale del contratto, tali forme ricevono però un altro carattere giuridico dalla diversità del contenuto non esclusivamente giuridico di sostanza. Quindi il diritto di società dev'essere assolutamente separato da questo diritto di sostanza, sendo che ad un tempo sia necessario tutelare e regolare anco giuridicamente, parecchi interessi tanto *pubblici* che *morali* (1).

(1) Da quest'intimo collegamento del diritto privato di sostanza colla teoria economica, emerge per lo studio, doversi per lo meno toccare dell'economia nazionale nello svolgimento del diritto privato positivo.

SECONDA SUDDIVISIONE.

DEL DIRITTO DI ECONOMIA PRIVATA (DIRITTO DI PATRIMONIO).

SEZIONE PRIMA.

IL DIRITTO GENERALE DE' BENI REALI (DIRITTO REALE, DIRITTO SULLE COSE).

§ 25. *Introduzione. Proemio. Fondamento.*

Nozione e Carattere, Specie.

1. *Proemio.* Il diritto sulle cose come tale, ne' suoi principii s'avvicina di molto alla scienza dell'economia, la quale divideasi in teorica dell'economia nazionale e privata, quantunque di consueto si chiami soltanto economia nazionale. Mentre però la *scienza* economica luneggia i rapporti di fatto e l'attività che ad essi si applica, il *diritto* d'economia ne porge la norma formale, a tenore de' preeipui momenti del diritto, ed in conformità della persona come soggetto, nonchè dell'oggetto e delle relazioni di scopo. Ma l'intimo collegamento della scienza economica col diritto d'economia riscontrasi in ciò, che dall'un lato nel regolamento formale giuridico, deggiono sempre studiarsi i rapporti di fatto; e dall'altro canto nella stessa guisa che l'economia privata fa d'uopo la si assuma, anini e limiti siccome una *parte* dell'economia nazionale, così anche il diritto privato su' beni reali devesi porre in più stretta relazione coll'interesse pubblico, malgrado che nel diritto privato debba dominar pur sempre la libera determinazione della propria volontà.

2. Il *fondamento* del diritto su' beni reali, è riposto nell'essenza dell'uomo e della personalità umana. Sebbene l'uomo per un principio divino, assoluto, a lui immanente, sia scopo a sè stesso e persona, tuttavia ad un tempo nella propria natura finita, gli è un essere condizionato e dipendente, astretto per la sua relazione colla natura a soddisfare a proprii bisogni sensibili razionali con quelle cose appartenenti ad essa natura, le quali non sono scopo a sè stesse, e deve pure argomentarsi a si sciogliere dalla condizione limitata in cui si ritrova, e a completarsi mercè le cose. Imper tanto l'uomo può solo mettere le cose in immediato rapporto con sè, sottoporle alla propria potenza, od alla possibilità di

operare sovr' esse efficacemente. Questo mero rapporto di potere o di signoria, gli è per dir vero una relazione fisica, e per niuna guisa giuridica o morale. Ma siccome la moralità prescrive ad ognuno di regolare siffatto rapporto in armonia ai proprii doveri morali verso di sè (temperanza), verso altri (beneficenza), così esso rapporto avrà ad essere determinato aneo giuridicamente. E tal regolamento giuridico si effettua, collo stabilire le condizioni sotto le quali, può una persona acquistare possedere, usare ed alienare cose della natura non libera, pei suoi scopi ragionevoli morali (che avanti tutto nel diritto privato sono rimessi al giudizio personale). Per il che il diritto sulle cose gli è il complesso delle norme del diritto, istituzioni e rapporti, che si riferiscono all'immediata relazione d'una persona con una cosa, al proprio intento e con riguardo ad altre persone.

3. Il *carattere* del diritto sulle cose, diritto che comunemente dicesi *reale*, è riposto nella natura *immediata* del rapporto. Quinci ne segue che di solito un diritto sulle cose si può rendere efficace verso chiunque; e ne scende però una azione reale, una *in rem actio vindictio*. Soltanto in certi casi questa persecuzione verso chicchessia è limitata da diversi riguardi. Però fra i diritti reali, distinguonsi quelli che si ponno perseguire in senso assoluto, dagli altri che lo si ponno solo in modo relativo (1). Il diritto romano offre come regola (con poche eccezioni) il principio della persecuzione assoluta; all'incontro il diritto germanico ha preso in maggior considerazione i rapporti, e nel caso di beni stabili propugnò la condizione del riconoscimento pubblico del diritto reale, per mezzo della cessione giudiziale, come per quanto spetta i mobili, seguì il principio: « la mano deve difendere la mano. » Dal che scorgesi come la comune definizione: il diritto reale essere qualsivoglia diritto che si può perseguire contro chiunque; la non sia giusta, avvegnachè e si dieno diritti che ponno perseguirsi contro ognuno, quantunque non sieno reali come è a dirsi di quelli di stato; e non ogni diritto reale possa essere perseguito in tal guisa. La solita definizione è desunta da una conseguenza, che non è sempre collegata col diritto di stato.

4. Le *specie principali* de' diritti reali si possono di fatto e logicamente dividere in due categorie, diritti di *proprietà*, o diritti reali *limitanti* che spettano ad un altro (*jura in re aliena*). Una terza categoria non è dato pensare; ma invece può sorgere la domanda; quante maniere di proprietà sieno possibili, e quante specie di diritti limitativi si dieno. Il diritto romano non ammette che tre specie di proprietà; la proprietà individuale, la proprietà della persona giuridica e la comproprietà; ed annovera come particolari diritti reali verso la cosa altrui; la servitù,

(1) Intorno a ciò v. la giusta opinione di Unger, luo. cit. p. 318 e seg.

l'enfiteusi, la superficie ed il diritto di pegno; e secondo le istituzioni, anco il diritto d'eredità in quanto per questo sia acconsentita pure una *in rem actio* intesa a far rendere tutta la sostanza. Nel diritto tedesco si erano ammesse, oltre le maniere di proprietà del diritto romano, anco le due specie: la proprietà divisa, e la proprietà comune. Ma queste due specie vengono al presente rifiutate, sebbene erroneamente come vedremo, da alcuni germaneschi. Nel diritto reale si enumerano come diritti reali speciali, anco i pesi reali. Tuttavia si assumono eziandio altri diritti reali verso una cosa straniera, e come tali ritrovansi accolti ne' nuovi codici. Così nel dir. terr. pruss. l'affitto viene assai acconciamiento posto fra i diritti reali, come nel dir. aust. si hanno un carattere reale generalmente i diritti di stato, e molti altri diritti mercè l'annotazione ne' pubblici libri. Impertanto tutti i diritti speciali reali si possono dividere nella categoria generale, come diritti di godimento, e come diritti formali di guarentigia (ipoteca e pegno).

CAPITOLO I.

LA PROPRIETÀ' ED IL DIRITTO DI PROPRIETÀ' (1).

§ 26. *La proprietà. Fondamento. Estensione. Concetto e limitazione della proprietà.*

1. *Fondamento filosofico giuridico.* La essenza della proprietà dev' essere determinata secondo il suo scopo. Tale scopo gli è duplice, generale, di servire al soddisfacimento de' bisogni sensibili, e per mezzo di questi, all'appagamento de' spirituali. A siffatta generale e simile necessità delle cose, si potrebbe eziandio rispondere colla comunanza dell'avere e dell'uso. Ma l'uomo non è soltanto un essere che ha molti punti comuni cogli altri uomini, ma da essi è pure individualmente differente. In virtù di una forza divina in lui innata, che lo solleva alla coscienza di sè stesso ed alla libertà, egli è persona, chiamata a si proporre liberamente i proprii scopi, ed a scegliere i rispondenti mezzi. Come essere sussistente individualmente, convien serbi il proprio essere nella vita de' beni reali colla possibilità di adoprarti a proprio talento. Sendo che egli sussista in modo indipendente e sostanziale, e che sia fine a sè stesso, così deve anco avere de' beni a propria libera

(1) Intorno a codesto mi diffusi nella mia filosofia del diritto, p. 457-459 v. anche Böder, tratti fondamentali del diritto naturale p. 198-200; confronta anche Gesterding, la teoria della proprietà. 1817, Pütter (Carlo Teodoro), la teoria della proprietà secondo il diritto germanico confrontato coi principii fondamentali del diritto romano.

disposizione, e per i proprii intendimenti. Questo sì è il più vicino principio della proprietà, la quale fa emergere la differenza della individualità anco nell'uguaglianza. La proprietà sussiste e cade in generale colla persona, così che anche tutte le teorie filosofiche che distruggono tale personalità, sia panteisticamente ovvero in modo materiale o sensista, rifiutano nella conseguenza pratica anche il principio naturale della proprietà. Dal che scende dover nella proprietà svelarsi visibile lo scopo personale della vita. Ma la persona, quand'anco relativamente indipendente, è, e rimane un membro della umanità. Per il che non è dato disgiugnere lo scopo personale dalla meta generale umana. Gli è dunque nella proprietà e più specialmente ne' beni reali che la persona deve cercare il proprio soddisfacimento, non dimenticando però i doveri e riguardi generali umani. Nella proprietà e mercè di essa conviene che ciascuno incarni la propria umana natura, e eserciti i proprii doveri morali di beneficenza o di comunione; e praticando le facoltà della proprietà conviene intenda al comun bene materiale, il che viene prescritto dalla morale, ed in parte dal diritto pubblico come quello che si propone lo scopo comune.

2. *Estensione della proprietà secondo la nozione generale* (1). In tale rispetto considerasi come proprietà qualunque diritto che una persona ha verso una cosa sopposta mediatamente ed immediatamente al proprio potere. Per conseguenza qualsivoglia immediato rapporto di dominio d'una persona sovra una cosa, sarebbe una relazione di proprietà, e tal relazione abbraccierebbe anco gli altri speciali diritti, almeno i materiali reali, come sarebbe a dirsi della servitù. Nella stessa guisa che il Romano parlò di un *dominium* e *dominus servitutis, usus fructus* etc.; così nel diritto germanico il concetto di proprietà ebbe ad applicarsi più determinatamente in questa estesa significazione (2). E vie maggiormente tale

(1) Importanto da Krause « Schizzo della filosofia del diritto p. 104 » viene in un senso più esteso assunto il concetto di proprietà, pel diritto totale appartenente ad una persona, e così è pur riguardato in modo giuridico e filosofico. — Pütter loco cit. accenna a 3 diverse significazioni, giacchè proprietà suona: 1. il diritto universale di un uomo (*universum jus personae*); 2. tutti i diritti civili; 3. tutta la sostanza; 4. più particolarmente tutti i diritti e le cose che appartengono realmente ad un uomo; 5. la proprietà delle cose, o semplicemente proprietà.

(2) L'influenza delle vedute giuridiche germaniche si manifesta anco nell'esteso concepimento dei glossatori. Così Bartolus definisce l. 17 § 1 D. 41, 2 prima il *dominium* nel senso vasto *pro omni jure incorporali, ut habeo dominium obligationis, usus fructus*; quindi pure in istretto senso come *jus de re corporali perfectè disponendi, nisi lege prohibeatur*. V. Böcking, Pandette del d. p. romano, 2 vol. p. 3. — Sui più vetusti concepimenti civili, v. Glück, Scliarimento delle pandette, parte 8, I, p. 26-46.

nozione venne estesa generalmente ai rapporti medjati di dominio sopra ciascun oggetto di diritto, ed uguagliata alla nozione della *sostanza*, onde venne riconosciuta anche una proprietà delle pretese giuridiche. Siffatta veduta trova un appoggio nel diritto germanico, perdurò nella pratica lingua del commercio, e fu accolta in molti codici (dir. ter. prussiano, cod. civ. austriaco § 353). Nella somma importanza di riconoscere la più elevata unità in cui si accolgono i diritti immediati reali ed immediati personali (risferentisi a cose), scorgesi come tale unità sia molto acconciamente espressa dal concetto di *sostanza* (1), di cui la proprietà reale è una parte costante; e dalla stessa proprietà sono con molta convenienza distinti gli speciali diritti reali.

3. *Nozione* della proprietà dal punto di veduta positivo giuridico. Tale nozione non fu per anco svolta nè determinata con scientifica penetrazione. Due metodi si danno per stabilirla. Il metodo più antico determinava la nozione della proprietà, enumerando le precipue facoltà in questa contenute, com'è a dirsi del diritto di disposizione, d'uso e d'esclusione d'ogni terzo. Ma siffatte facoltà riscontransi in rapporto più determinato anche nell'usufrutto. Quindi ben agevolmente si vede non doversi determinare esclusivamente la proprietà muovendo dal soggetto e dalle facoltà sue, ma ben'anco dal punto di vista dell'oggetto, nonché dal collegamento del soggetto coll'oggetto. Il secondo e novello metodo determina la proprietà col concetto di potenza del volere o dominio, concetto tolto al diritto romano ed identificato col diritto stesso. Alcune variazioni che occorrono nella maniera di afferrare la nozione non si ponno dire non essenziali, ma non cangiano la cosa. Così alcuni credono essere la proprietà « il perfetto, ossia pieno, totale giuridico (2) dominio di una persona sovra una cosa corporea, » ed avvisano tuttavia che « il trarre le facoltà che si accolgono nella proprietà (3), » sia possibile senza nocimento della nozione della proprietà, e che ne ponno anche originare i diritti speciali reali. Ma tal veduta va errata e materialmente e formalmente, avvegnachè secondo essa dovrebbe cercarsi in-

(1) Gli è questo un punto intorno al quale malgrado le replicate riflessioni non m'azzardo pronunciarmi assolutamente. La limitazione che in ogni caso è contraria all'opinione ed alla lingua della vita del traffico, fin qui sembrami solo giustificata dai predominanti principii di conformità allo scopo.

(2) Il predicato di « giuridico » opposto da molti, come p. e. *Puchla* pand. § 144; *Arndts*, pand. § 130, e che altri ammettono come p. e. *Gerber* d. pr. ro. § 79, è decisamente essenziale, poichè serve in principal modo a caratterizzare la proprietà in ciò che differisce dal possesso. La necessità del predicato fa emergere ad un tempo come la potenza della volontà non costituisca altrimenti di per sè sola la nozione del diritto; il diritto dà anco la potenza, ma la potenza non conferisce il diritto.

(3) *Puchla* loc. cit. § 143; così pure *Arndts* loc. cit. § 130.

vano la proprietà non solo ove non vi hanno tutte le facoltà, ma anche quando non sarebbe dato riscontrare in fondo veruna facoltà essenziale. Quindi a buon diritto onde combattere questa dottrina si ebbe ad osservare (1) — ci si intende muovendo da un egual punto di vista — che se in una proprietà havvi usufrutto, e che dessa venga aggravata da pegno o sia contestata, in tal caso mancano per fermo tutte le facoltà senza che per questo cessi la proprietà. Certamente anche qui non si fece la debita distinzione tra le facoltà e l'esercizio di esse, nemmeno fra la permanente possibilità, e l'effettiva mancante realtà; e da ciò ne viene non potersi colla mera nozione quantitativa della totalità, determinare siffatto giuridico rapporto. Invece del momento della totalità, alcuni lumeggiarono il carattere indipendente ed assoluto del dominio (2), evitando con ciò i più strani errori; tuttavia anche tale momento può mancare senza che per questo cessi la proprietà. Siccome in tal guisa torna impossibile indicare in un determinato dominio il carattere della proprietà, così ebbasi a riporre questa nella possibilità (3) di incarnare tutti i diritti che si ponno pensare sovra una cosa corporea (4), oppure nella *indeterminatezza* del dominio, e per conseguenza nella larga attitudine alla determinazione. E qui per dir il vero avremmo la giusta veduta, non essere la proprietà in alcuni determinati esercizi di facoltà, ma che invece dessa accoglie indefinite possibilità di svariate determinazioni, ovvero in mille impensati modi può attuarsi. Tuttavia nemmeno con ciò si è giunto a sviscerare la cosa. La nozione della proprietà non può essere afferrarla se non se desumendola dal concetto di *natura* o di *essenziale* oppure (come si disse prima) di *sostanza* di una cosa, e finalmente dal concetto dello scopo. Pel concetto dell'essenza o della sostanza (5), a

(1) Böcking, pandette del diritto romano privato vol. II, p. 5.

(2) H'aller, Storia del diritto romano, 2 ediz. vol. II p. 167.

(3) Così Böcking, Pandette del dir. rom. pri. luo. cit. Tal principio venne abbracciato da Unger (p. 324) senza che però accennasse a Böcking.

(4) Così v. Pangerow, Guida per le lezioni di diritto privato, 1848 vol. I p. 474.

(5) Una falsa e generata direzione dello spirito de' nuovi tempi, ha mutata in quasi tutte le scienze la nozione di sostanza, dell'essere permanente, nella categoria della apparenza, nell'accidentale, nella modalità, mere qualità e quantità. Codesto condusse nella scienza naturale al greto atomismo ed alla teoria dell'avvicinarsi della materia; nella psicologia, alla negazione della essenza dell'anima; nella scienza del diritto (in particolar modo la romanesea) ridusse a pure formali determinazioni, tutte le distinzioni giuridiche venienti da un essere o alla sostanza. Del resto io stesso durai molta fatica a liberarmi dalle nozioni del diritto comune fattesi ormai abituali, ed ammesse dalla scienza; nè giunsi a tanto se non allora che m'avvidi potersi rimuover ogni errore, o colmare qualsivoglia lacuna che si riscontra nelle definizioni della proprietà, col ritornare alla più antica veduta filosofica giuridica, adottata pure dai due nuovi codici, veduta che in siffatto punto essenziale si è la giusta.

cui si congiungeva sovente una teoria più antica e più filosofica (1), si avvantaggia la proprietà col principio della durata e della stabilità nella indeterminata pienezza dei possibili utili; e per la nozione di scopo vengono particolarmente spiegate le diverse specie qualitative di essa proprietà. Se innanzi tutto ne poniamo a considerare come sostanza la cosa corporea che trovasi nella proprietà, vale a dire come permanente entità, in tal caso vediamo d'un subito essere fondate in tale entità parecchie indefinite applicazioni ed utilità, delle quali veruna, qualora un determinato scopo non stabilisca la totale consumazione, esaurisce l'entità, che invece può ricevere ulteriori modificazioni. Per il che tenendosi per sostanza la proprietà di una cosa, ne viene che essa proprietà sia uguale alla persona. Ed in vero questa si è un' essere animato (sostanza), che nella permanente unità della sua duratura sostanza, accoglie una infinita pienezza di diverse applicazioni e per conseguenza ritrova nella entità (sostanza) della cosa anco il corrispondente campo alla propria operosità duratura. Ma nella proprietà fa mestieri considerare anco lo scopo della cosa. Del resto la nozione di scopo la fu ben più meschinamente svolta, come è soventi volte provati nella scienza del diritto, che non si ritrovi il concetto di sostanza; quantunque sia tale l'importanza di quella nozione da non potere senza di essa afferrare nitidamente alcun istituto di diritto e rapporto di qualche momento. Nello scopo trovasi espressa la determinazione della

(1) A questa filosofica veduta si attiene il cod. civ. aust. quando al § 354 porge la seguente definizione: « La proprietà considerata come diritto, è la facoltà di disporre a proprio talento e con esclusione d'ogni altro, della sostanza e degli utili d'una cosa. » E sulla base di questa definizione vengono eziandio (§ 357) chiaramente determinate le nozioni della proprietà piena ed indivisa, nonchè della proprietà non piena e divisa (nozioni che sono gagliardamente avversate dai romaneschi). Netto stesso tempo ne fa mestieri declinare dai redattori del codice civ. austriaco il rimprovero loro fatto di mancanza di concetto. In fatto *Unger* senz'altro sostiene (p. 626) che in opposizione al § 353 che dice: « Chiamasi proprietà di alcuno tutto quanto gli appartiene, tutte le sue cose corporali ed incorporati » nel seguente § 354 per la parola sostanza siasi nuovamente limitata la proprietà a cose corporali (?). Ma i compilatori del codice non erano così destituiti d'ogni filosofia, da ignorare come in tutte le scienze, la sostanza suoni l'essere permanente di una cosa. Per conseguenza la parola sostanza applicasi anco all'esercizio continuo di permanenti diritti, il che avvenne appunto nel codice. Anco il dir. terr. prussiano cui *Unger* avrebbe potuto esaminare, dice ancor più determinatamente, par. I tit. 8 § 1 che: « Proprietario chiamasi quel tale che è abilitato a disporre della sostanza di una cosa o di un diritto, con esclusione d'altri, e ciò per proprio potere, di per sè stesso, o per mezzo di un terzo. » Ed lo pure avviso che tale estensione del concetto della proprietà nel diritto, venga meglio evitata.

cosa secondo l' uso che d' essa si può fare ; e nella determinazione è ad un tempo tracciato un confine ideale , la cui integrità convien sia serbata e costituita in parte dalla coscienza morale, ed in parte dal diritto. Pel concetto della proprietà, lo scopo della cosa riesce importante per due direzioni. Dall' un lato avviene una limitazione della proprietà, lorchè la cosa è limitata dallo scopo. Così il concetto di campo è determinato dall' agricoltura ; però il contadino può usare, come proprietà, del fondo e terra solo in quanto codesto è necessario a trarre buoni economici vantaggi agresti, ma egli non è proprietario di quanto si ritrova sotto la superficie ; ond'è che nello stesso fondo, può darsi che lo scavo delle miniere costituisca la proprietà di un' altro. Da un' altro canto ammette una cosa diverse determinazioni di scopi, le quali, se questi scopi devono essere meta a diverse persone, stabiliscono fra queste una partizione qualitativa della proprietà (v. § 27). Così pure vien determinata la sussistenza di speciali diritti reali, lorchè queste determinazioni di scopo non riguardano nello stesso tempo la sostanza, ma solo certe utilità.

Importanto la proprietà può essere definita : *il potere riconosciuto come diritto, di una persona sopra la sostanza di una cosa corporea, in armonia all' uso che di questa può farsi per scopi ragionevoli e sensibili*. Tale rapporto giuridico della persona verso la cosa, si manifesta in due direzioni ; l' una esteriore e *formale* mercè la disposizione della cosa ; l' altra interna e *materiale* per lo scopo ad utilità a cui è diretto l' uso. Per cui in qualsivoglia proprietà, ambedue le parti integrali, la *disposizione* e l' *utile*, si ritrovano in relazione colla *sostanza* in modo positivo, e possono anco venir limitate non in sè, ma nel modo di usarle nè è dato staccar alcuna di esse della proprietà senza che contemporaneamente svanisca la proprietà stessa. A tale esercizio della facoltà di proprietà riferiscono i diritti reali speciali, il di cui concetto ne spetta ora determinare più da presso.

4. *I diritti speciali reali* ad una cosa che ritrovasi in proprietà di un altro, vennero pressochè del tutto erroneamente determinati dalla scienza contemporanea giuridica. Vi lamentiamo la mancanza di un profondo concepimento filosofico del diritto, cioè vi scorgiamo confuso o scambiato il diritto coll' esercizio o limitazione. In altre parole, vennero assunte le facoltà essenziali riposte nella proprietà ed accoglienti una indefinita possibilità, come determinati modi di esercizio e limitazione ; e fin' anco si indentificò la proprietà colla cosa corporea. Secondo il concepimento comune ma quasi materiale sussista, nascono gli speciali diritti reali, » dal trarre dalla proprietà i diritti che vi sono riposti » (1). Questa ve-

(1) Così *Puchta* luo. cit. § 145. e la maggior parte de' giuristi positivi. Lo stesso *Stahl*, *filos. del diritto* vol. II. §. 39, deriva i diritti reali dallo stac-

duta è essenzialmente falsa, fatta pure astrazione del non essersi debitamente distinti i momenti precipui della proprietà: disposizione ed uso ed i relativi singoli esercizi che per certo si ponno chiamare facoltà speciali (1). Non è che venga tratta, sciolta o separata nè una facoltà generale, nè una speciale, ma si fa luogo soltanto ad una limitazione, o temporaneo esercizio per parte di un altro, ma il proprietario in conseguenza della sostanza, serba le essenziali facoltà talvolta effettivamente appresso a chi è abilitato in modo reale, sempre però secondo la possibilità (*potentia*). Però anche quando essa l'abilitazione, non è che la facoltà si faccia *res nullius*, o che ritorni, non si sa come, al proprietario; ma il di lui diritto, che non avea giammai perduto del tutto, si manifesta novellamente integro, come gli è in sè stesso, insomma si consolida (2).

Domandiamo ora indipendentemente dalle limitazioni legittime alle quali è soggetta la proprietà, in particolar modo la proprietà fondiaria, sia nell' interesse pubblico, o ne vantaggio de' vicini (servitù legali); quali possano essere gli speciali diritti reali spettanti ad un terzo determinato, e se è dato pensare tanti diritti speciali quanti sono gli scopi di utilità negativi o positivi limitanti la proprietà, e ad un terzo spettante sovra di esso. E tali diritti si ponno chiamare diritti reali di utile. In tal argomento il diritto romano enumera l'*enfiteusi*, le *superficie* e le *servitù*. Ma i due primi diritti considerati nella loro essenza appartengono alla proprietà divisa (v. § 27). Per cui anco i glossatori di certo più giusti in ciò de' recenti giuristi, applicarono, quantunque con espressioni erronee, a quei diritti i concetti del *dominium directum* e *dominium utile*, ed i codici prussiano ed austriaco, li schierano senz' altro e rettamente sotto

care ogni speciale facoltà dalla facoltà complessiva della proprietà. *Arndts*, pand. § 130 erede ritrovare dell' analogia fra questo staccamento delle facoltà della proprietà, e la limitazione che ha luogo per la libertà. Ma la libertà può anco solo essere limitata nelle sue manifestazioni e direzioni, non già in sè stessa; come anco secondo il di lei concetto, nulla da essa si può levare, senza che tosto la si spgni.

(1) A ciò appoggia anco nella più estesa servitù, l'usufrutto, l'antica distinzione fra *usufructus formalis* e *causalis*, espressioni che per dire il vero le sono troppo scolastiche e per nulla esatte, ed il concetto stesso vi appare spezzato, giacchè l'usufrutto formale od ideale, cioè possibile, il quale deve serbarsi in potere del proprietario, non è precisamente usufrutto. Del resto quivi riscontrasi la distinzione di non poco momento fra la permanente possibilità, e la realtà temporanea. E senza tale filosofica distinzione non sarebbe dato lumeggiare in genere la cosa.

(2) Ciò succede non altrimenti che suole avvenire ad un facchino il quale quando abbandona un carico, ricovera nella forza e potenza generale, quella energia speciale che impiegava a sopportare il peso. V. *Elvers*, teoria romana della servitù, 1884-86, p. 310.

la categoria della proprietà divisa. Perciò rimangono le servitù. Ma oltre siffatti diritti reali di utilità, la di cui origine può ripetersi da svariate cause per scopi speciali, è dato pensare altri diritti reali di utilità verso una cosa straniera, risultanti meramente da contratto; quindi anco il dir. ter. prussiano acconsente al fittaiuolo, al pigionale ed anco al comodatario un diritto reale per lo stabilito tempo futuro del possesso. Il cod. civ. austriaco riconosce soltanto il carattere reale nella pigione e nella fittanza, quando sono inserite nei libri pubblici. Ma oltre questi diritti reali di utile, havvi ancora un altro diritto ad una cosa straniera, il *diritto di pegno*. Questo è però soltanto di natura accessoria, giacchè serve alla sicurezza di un altro diritto, eventualmente, per la estrinsecazione della facoltà, colpisce il prezzo di vendita della cosa, ma si estingue eziandio con un solo atto dell'esercizio di esso diritto di pegno, e per conseguenza s'avvicina di molto all'obbligazione, e con questa soventi volte è trattato da presso alla fideiussione (1). Il carattere comune di tutti i diritti speciali reali ad una cosa straniera, gli è che non portano (2) in sè stessi il momento della durata, della stabilità, come si riscontra necessariamente nella proprietà a motivo della sua natura sostanziale.

§ 27. Il diritto di proprietà.

In questo concetto riscontrasi ben più grande confusione che non vi abbia in quello della proprietà e de' speciali diritti reali. Talvolta proprietà è diritto di proprietà vengono adoperati come termini identici; tal'altra il diritto di proprietà lo si considera siccome emanato dalla proprietà, e però che siffatto diritto s'intreccia colla proprietà, coll'acquisto e coll'alienazione, così alcuni lo presentano soltanto come oggettivo, tal'altri come soggettivo, mentre esso racchiude in sè entrambi questi caratteri.

Consideriamo più da presso la differenza tra proprietà e diritto di proprietà. La proprietà è già di per sè stessa un diritto, perchè la è un rapporto giuridico tra una persona ed una cosa. Il diritto di proprietà,

(1) V. *Arndt*, pand. § 138.

(2) *Unger* sostiene precisamente il contrario, però che a p. 218 dica: « I diritti reali hanno impresso li carattere del diritto di proprietà, in quantochè non altrimenti di questa, portano in sè la natura della durata e della stabilità; » aggiunge però nella nota: « fanno eccezione a ciò le servitù personali (come anco il diritto di pegno). » Ma però una cosa non è del tutto scientificamente determinata, se la determinazione non può abbracciare tutta la specie. Interessante si è il quesito, se le servitù come tali, trattate e studiate in sè e per sè, offrano il momento della durata; e a cotai domanda è forza rispondere negativamente anche come trattasi di servitù prediali, avvegnacchè la servitù non esprime nulla più d'una limitazione; ed anco la qualità inerente al fondo servente (*causa perpetua*) in relazione al fondo dominante, consiste solo in un vantaggio.

secondo suona la parola, sarebbe già un diritto in relazione ad un diritto, un diritto applicato ad un diritto (1).

Ed in fatto così è, e mostrasi in generale in tutto l'ordine giuridico come un organico sistema della vita e del diritto, perchè ogni diritto speciale come ritrovasi protetto dall'ordine giuridico complessivo, lo si deve novellamente porre nel *giusto rapporto* con tutte le sfere del diritto. Conseguentemente anco la proprietà, quantunque in sè stessa sia un diritto, fa mestieri venga regolata secondo tutti i momenti condizionanti, quali sono l'acquisto, la conservazione, la difesa, l'uso e la cessazione. Tale ordinamento della proprietà mercè il quale esso diventa un membro ed un'istituzione dell'ordine giuridico, si è il diritto di proprietà. Questo può quindi esser determinato siccome il tutto che regola la proprietà secondo i rapporti obbiettivi, e secondo le facoltà in essa riposte. Imperanto il diritto di proprietà in rispetto ai rapporti è obbiettivo, ed in riguardo alle facoltà, subbiettivo. I rapporti sono essenzialmente economici nazionali, morali e pubblici giuridici, e le esigenze di essi vengono tutelate da prescrizioni giuridiche, non eccettuate quelle che sono attinenti a rapporti subbiettivi. Ogni facoltà è perciò sopposta a tali regolatrici sanzioni giuridiche, le quali costituiscono la proprietà. L'acquisto, la disposizione e l'alienazione, trovansi soggette a certe condizioni, il mantenimento delle quali viene prescritto dal diritto di proprietà.

Siffatto diritto di proprietà, viene dunque acconciamente diviso — partizione ancora ignota al diritto positivo — in *interno* ed *esterno* (2), e

(1) Nelle mie tre prime edizioni francesi della mia filosofia del diritto, avea seguendo *Krause* indicato questo diritto come un diritto nel secondo grado o potenza. A qualche cosa di simile pare accennasse anco *Unger*, lorchè a p. 224 nomina il diritto di proprietà come una proprietà nella proprietà, se almeno si vuol trovare un senso in tal frase. Ma la cosa venne però assunta erroneamente da *Unger*, ovegnacchè pel diritto di proprietà, questa è elevata sopra sè stessa, e posta in armonia con tutti gli altri essenziali rapporti sociali cui fa mestieri avere riguardo. — Non meravigli il giurista positivo, innanzi a siffatta relazione del diritto verso il diritto stesso. Tutto il diritto pubblico in vista della sua relazione col diritto privato, è da aversi per un diritto di più alto grado, giacchè per mezzo del diritto pubblico e delle istituzioni sue, il diritto privato trovasi protetto, ringagliardito ed altresì giustamente limitato. Anco in altre sfere spirituali sociali, spiegasi per tal relazione il grado superiore della determinata esistenza umana. Non solo l'uomo pensa, ma riflette eziandio sul proprio pensare, sentimento e volontà, e con ciò elevasi alla coscienza di sè stesso, il che *Leibnitz* disse una *reduplicatio existentiae*. Ma questa più elevata, coscienza di sè stesso, deve manifestarsi pel diritto anco nella scienza giuridica.

(2) Questa giusta ed importante distinzione viene fatta da *Krause*, « *Schizzo della filosofia del diritto* » 1828, p. 105, fu ammessa da *Roder* e da me nelle mie opere; e merita d'essere accolta dal diritto positivo.

con ciò rimane sciolta la quistione se la facoltà d'alienare sia un esercizio del diritto, o nol sia (1). Essa è certamente un diritto esterno.

a) Il diritto *esterno* di proprietà si riferisce alla posizione esteriore del soggetto rispetto alla proprietà, ed accoglie il complesso delle condizioni, dalle quali dipende l'acquisto, il mantenimento e la cessazione della proprietà; per il che, considerato secondo le facoltà del subbietto: abbraccia 1. il diritto di acquistare la proprietà in base ai riconosciuti principii giuridici e nelle giuridiche forme; 2. il diritto (veniente da un fondamento giuridico) al possesso, ossia di diritto di possedere, *jus possidendi* (che dobbiam guardarci dal confondere col *jus possessionis*, conseguenza del possesso); 3. il diritto di rivendicazione, ossia il diritto di ricovrare (sotto determinate condizioni) la proprietà da qualsivoglia terzo; 4. il diritto di alienazione. Questi diritti non si ritrovano nella proprietà, eccetto quello di rivendicazione che però va assunto esteriormente, essi da lei non scendono, ma devono concepirsi in modo esteriore ad essa, e quindi come diritti di proprietà esterna.

b) Il diritto *interno* di proprietà, si riferisce alle facoltà che si riscontrano nella proprietà e nel di lei scopo, ma è egualmente regolato da norme obbiettive, e comprende perciò il diritto di *disposizione* ed *uso* (e consumo) per fini leciti.

§ 28. Delle diverse maniere o forme della proprietà.

Dopo avere stabilite le nozioni della proprietà e del diritto di proprietà, è prezzo dell'opera l'esaminare più da presso diverse specie o forme di essa proprietà, considerata come potenza giuridica sulla sostanza di una cosa in armonia alla possibilità di trarre vantaggio da questa cosa. Intorno a ciò havvi svariata contesa tra romaneschi e germaneschi, però che i primi rifiutino come giuridicamente impossibili parecchie specie di proprietà, quali sono la proprietà divisa e la piena, volendo subordinare il tutto alle forme romane. Siffatta disparità d'opinione, viene in parte dall'erronea determinazione del concetto di proprietà, e in parte dall'incompleto concepimento dei fondamenti di partizione, de' quali molti trovansi affastellati. Secondo un esatto partimento, la proprietà si divide ne' seguenti modi:

1. secondo l'abilitazione (ideale) *quantitativa*, in proprietà spettante ad un solo (ad una persona fisica o giuridica) ed in comproprietà:

2. secondo l'abilitazione *qualitativa*, in proprietà divisa ed in (idealmente) indivisa;

(3) V. *Unger* p. 615, il quale con *Arndts* contro *Böcking*, non vuol riconoscere l'alienazione come un esercizio del diritto della proprietà.

3. secondo la pura *limitazione* dell'esercizio in proprietà illimitata ed in proprietà limitata;

4. secondo la *maniera delle persone* alle quali spetta la proprietà, in a) proprietà individuale, b) proprietà della persona giuridica secondo le specie di questa: α) proprietà dell'*universitas* come *unità* di persone, β) proprietà della pluralità di persone nella mera società, γ) *proprietà complessiva* di una organica sussistente consorteria;

5. secondo l'abilitazione dello *stato* alla proprietà di tutti i suoi membri; proprietà suprema dello stato.

Ma fa mestieri avvertire in siffatte specie o forme della proprietà, non poter mai la proprietà essere divisa secondo il suo contenuto, cioè a tenore della facoltà in essa accolta, così che ad uno debba spettare una facoltà, ed un'altra esclusivamente ad una seconda persona; sendo che non sarebbeotal cosa una divisione ma uno sbranamento della proprietà, in ciascuna parte della quale non sarebbe più concesso riscontrare veruna specie del genere. La divisione non può essere che organica quale si manifesta nella natura, nella vita, ove ogni partimento è fatto in armonia alle note *predominanti*, caratteristiche, e dove le note del genere occorrono di bel nuovo in ogni membro.

I. A tenore della diversa abilitazione *quantitativa*, la proprietà è o proprietà di un solo, o comproprietà (*condominium*): e ciò avviene a misura che una cosa secondo tutti i diritti accolti nella proprietà, spetta soltanto ed interamente ad una persona (fisica o giuridica), oppure che in consonanza a determinate parti (frazioni) di rapporti (1/2, 1/3 ecc.) è divisa idealmente fra più persone. Anche al proprietario spettano tutte le facoltà che racchiudonsi nel concetto di proprietà, tuttavia non può esercitarle che per una parte (ideale) della cosa. Tale comproprietà la si può pensare, anche in rispondenza allo stesso suo scopo, sotto due forme principali. Essa od è determinata in parti reali, al che si riferiscono le azioni di divisione; oppure è determinata in una società allo intento di conseguire uno scopo comune, al che contribuiscono i membri in parte determinate (p. e. nelle società per azioni).

II. Secondo la diversa abilitazione *qualitativa* ad una cosa, la proprietà è *piena* o *non piena*, cioè *divisa*, presa la parola in questo senso tecnico. Questa proprietà non piena, o divisa, origina dalla diversa maniera o direzione, in cui a più persone è dato ricercare in una cosa il soddisfacimento di uno scopo di beni reali. Ed anco in tal partizione, non staccansi l'una dall'altra le facoltà ed i diritti, chè altrimenti sarebbe tolta la nozione della proprietà, e nascerebbero invece altri diritti diversamente appellati. Gli è però che non s'apposero quelli che immaginarono un siffatto partimento pel quale ad una persona il diritto sulla sostanza appartenesse, e ad un'altra unitamente al diritto sulla sostanza spettasse anche

quello sugli utili; avvegnacchè anco il primo ha pure un diritto sugli utili presenti e futuri venienti da una cosa (p. e. il diritto ad un canone, l'aspettazione d'un diritto). Quindi in ogni parte occorre di nuovo il tutto, il contenuto principale della proprietà, in guisa però che ad ogni abilitato appartenga tal contenuto in direzioni diverse dell'utile, e in modo che l'una o l'altra *predomini* delle parti componenti la proprietà. Siffatta partizione qualitativa della proprietà riscontrasi negli istituti di diritto germanico del feudo, dell'enfiteusi, ed in generale può manifestarsi in molte e nuove forme. In tal caso non havvi comproprietà però che non si diano parti quantitative; e tali diritti poi non sono per nulla diritti reali ad una cosa *straniera*, però che il vassallo e l'enfiteuta abbiano anco un diritto di proprietà sulla sostanza della cosa. Per questo la nozione della proprietà divisa ha de' fondamenti effettivi, e l'attacco che essa ebbe a subire in tempi recenti anco per parte di alcuni germaneschi, proviene da ciò che sovente nel diritto si scambia il momento qualitativo col quantitativo, confusione che non manca nemmeno in altre scienze. All'incontro la più gran parte dei propugnatori della nozione, non l'hanno appoggiata a giuste basi (1).

III. Le *limitazioni* che hanno luogo a favore di un terzo nello esercizio del diritto di proprietà, sono o positivi diritti ed *utili* venienti da una cosa straniera, oppure formali ed *accessorii* diritti di sicurezza (pegno, ipoteca). I diritti reali agli utili possono essere di diversa specie, e recenti legislatori compresero fra di essi anche alcuni diritti, cui il sistema romano tiene solo per diritto di contratto.

IV. Secondo le diverse specie della *persona* abilitata, la proprietà è:

1. Proprietà *individuale*, quando una persona fisica è proprietaria. Questa proprietà non è a confondersi colla proprietà sola, avvegnacchè il principio di partizione sia ben diverso, e per l'una abbia riguardo alla persona, per l'altra alla quantità d'abilitazione. Il proprietario singolo può essere anche comproprietario, mentre ciò non può essere chi è proprietario solo.

2. La proprietà d'un *complesso* di persone determinate da uno scopo. Quivi ponno darsi tre maniere di forme, secondo la posizione delle persone in riguardo al complesso e suo scopo:

a) La proprietà della *persona giuridica* del diritto romano, la *universitas personarum*, ove questa persona si è la sola abilitata, e gli indivi-

(1) Così anco *Walter* dir. pri. rom. § 132 con nessuna convenienza dice che « quivi avrebbe luogo la comproprietà, non perchè la cosa fosse divisa in parti quantitative, ma per essere partiti i diritti accolti nella proprietà; » ma invece non sono per nulla divise le facoltà, chè in tal caso cesserebbe del tutto la proprietà, ma avrebbe luogo solo una divisione di diversa natura nella abilitazione.

dui non hanno per sè verun diritto indipendente alla cosa, al patrimonio.

b) La proprietà di quel complesso di persone, per cui la proprietà totale è divisa fra i singoli membri, secondo parti o frazioni ideali (quote), e che per conseguenza i membri individuali devono tenere per *comproprietari*. Ivi lo scopo e l'interesse del complesso, sciogliesi con quello degli individui, e gli organi, la rappresentanza della unione e la operosità, non sono nulla più di mandatarii delle singole persone. Codesto riscontrasi nelle sole società intese a guadagni, specialmente nelle società per azioni (1). Tale *condominium* nella società, è, in relazione allo scopo, diverso dal *condominium*, ove l'interesse degli individui ha luogo per partizione.

c) La *proprietà complessiva* nel tecnico senso germanico, ovvero la proprietà per cui tanto la totalità ideale rappresentata da determinati organi è abilitata per lo scopo complessivo, ed il patrimonio vien serbato anco per le future generazioni o per individui subentrati in seguito; come anco i singoli membri che considerano lo scopo totale come il loro proprio, hanno un'abilitazione indipendente sulla proprietà complessiva, però che esercitano le essenziali facoltà della proprietà (il di lei contenuto), e col prender parte alla formale distribuzione di essa proprietà per mezzo di rappresentanti scelti da loro stessi (come in massima dovrebbe essere), oppure mediante un'autorità tutelatrice che opera per essi, ed inoltre hanno una parte giuridica al contenuto della proprietà, all'utile. In questa proprietà complessiva germanica ritrovansi però organicamente congiunte le due antitesi, la proprietà della persona giuridica romana e la *comproprietà* (in una società). Ivi offresi anco l'espressione giuridica di un organismo di persone, nel quale tanto il tutto, l'unità, quanto i membri operano vicendevolmente gli uni per gli altri per uno scopo, secondo diverse direzioni ed in svariate funzioni, in guisa tale che in siffatto complesso personale organico, anco gli individui si trovano abilitati ad un proprio soddisfacimento. La superiore abilitazione del tutto sopra gli individui, offresi sovente eziandio in ciò, che il vincolo sussiste come anello o come istituto nell'ordine sociale (comuni, corporazioni), e quinci in esso legame si manifesta pure un pubblico interesse. Nella vita pratica questo concetto si ebbe ad incarnare in vari modi, non serbossi ovunque puro, ma si atteggiò piuttosto alla foggia della nozione della persona giuridica romana, oppure di quella della *comproprietà*. Il carattere della proprietà complessiva riscontrasi per lo più: nella proprietà dei coniugi sulla massa sociale de' beni nel sistema della intera o parziale comunanza de' beni; nella proprietà de' membri di fa-

(1) Non posso come *Bluntschli* luo. cit. § 39 e § 33 p. 282, considerare queste società industriali, per azioni, ed in accomandita, propriamente come consorsii aventi proprietà complessiva, giacchè ne è diverso lo scopo ed il carattere; tutto l'interesse si volge agli individui.

miglia al patrimonio della lor casa; in quella de' coeredi; nell' altra degli obbligati di convenzioni d'eredità; nella proprietà di quelli che sono investiti unitamente in un bene comune; nella proprietà di nuovi consorzi di marca sovra il bene comune; ed in quella delle corporazioni e maestranze nei legami di società (1).

V. Havvi eziandio una *proprietà superiore* dello stato a tutte le maniere di proprietà in esso sussistenti. Lo stato non genera la proprietà e non può distruggerla se non in alcuni casi (p. e. mediante espropriazione dietro indennizzo). Ma se lo stato deve valutare e regolare giuridicamente la proprietà (astrazione fatta dalla proprietà speciale che gli spetta come stato), conviene che non tocchi la proprietà de' membri suoi, se non in quanto è richiesto dalle proprie esigenze porle dallo scopo di stato. Lo stato esercita sulla proprietà degli individui, i diritti riferentisi al contenuto di essa, cioè il diritto di disporre della sostanza, colle sanzioni sopra al modo con cui gli individui debbono disporre e trarre utili da essa proprietà, com'anco eccezionalmente coll'espropriazione dietro soddisfacimento, e di più effettua un diritto sugli utili, mediante l'imposta. Dunque ha lo stato sovra tutte le proprietà una proprietà superiore (*dominium eminens*), che si volle considerare come staccata dalla recente astratta scienza del diritto, in particolar guisa dalla romanesca, secondo la quale il diritto privato avrebbe ad essere del tutto sbrancato dal diritto pubblico. Ma qui pure intrecciansi il diritto privato ed il pubblico, malgrado però che rimanga distinto quanto spetta ad ognuno. Lo stato ha e consegue quanto gli è proprio, per un diritto al mio. Quanto nella vita è collegato e sussiste ad un vicendevole intento, fa d'uopo sia congiunto internamente della scienza. Anco in questi rapporti manifestasi il principio germanico del vincolo e del collegamento, in contrapposizione allo spirito romano decomponente; e tal vincolo di proprietà di stato lo si afferri da un punto di vista analogo al legame feudale. Non altrimenti che scendendo dall'imperante come supremo signore di feudi, si formarono parecchie gradazioni e diramazioni della feudalità fino all'ultimo vassallo; anco lo stato esercita il suo diritto superiore nei diversi organismi e cerchie (comune, famiglia, società) nelle quali havvi proprietà. Gli è bensì vero essere ormai cosa vieta l'essenziale natura del feudo, ma il principio germanico del graduale rannodamento della proprietà che in tale istituzione occorre, non deve essere abbandonato.

(2) La nozione della proprietà complessiva, venne recentemente rifiutata da Hasse, Pütter e specialmente da Dunker (la proprietà complessiva 1843), e dopo quest'ultimo, da altri come Mittermaier, Gerber e Walter. All'incontro venne propugnata sebbene con diversi principii da Phillips, dir. pri. ro. § 86, da Beseler § 83, e da Bluntschli § 88. Ma finchè la nozione della proprietà non sarà fermamente stabilita, non si potranno nettamente distinguere le di lei specie.

Osservazione. Queste diverse specie della proprietà ponnosì collegare in diverse guise, ove però i concetti non si escludono, onde un vasto intrecciamento di combinazioni. Così p. e. la proprietà completa e la divisa, può essere limitata ed illimitata (cod. civ. aus. § 358), secondo i diritti reali vi sono o non vi si ritrovano congiunti. Tanto l'una come l'altra ponno appartenere in tre forme ad una persona singola o complessiva. Sopra tutte le proprietà e parallelamente ad esse, havvi però la superiore proprietà dello stato.

§ 29. *Dell'acquisto della proprietà e delle diverse maniere di conseguirla.*

La vecchia teorica ammetteva due esigenze per l'acquisto della proprietà, cioè un principio di diritto (§ 17), *justus titulus*, ed un modo d'acquisto, *modus aquirendi*, delle quali la prima avea a determinare la *possibilità*, e la seconda la *realtà* dell'acquisto. Questa teorica non si può, come indicava Hugo, ricondurre al diritto romano, poichè il principio giuridico ed il modo d'acquisto molte volte cadono (p. e. nell'occupazione e nell'usucapione); tuttavia essa fu accolta nei nuovi codici (cod. civ. aus. § 380), ed ammette anco una giuridica filosofica legittimazione, se, come si fece innanzi, cercasi il principio giuridico non solo negli affari giuridici che precedono l'acquisto, ma anco nella legge (oppure sentenza del giudice), ed in questo caso un tal ultimo principio giuridico occorre molto frequente. Qui noi consideriamo soltanto le specie d'acquisto.

Una *specie d'acquisto* è in generale un fatto (operazione od avvenimento) mercè il quale, sotto determinate condizioni che lo rendono giuridico, si acquista la proprietà. Onde incarnare un'ordine di diritto privato buono e giusto devono esser paghe due esigenze filosofiche giuridiche, vale a dire fa mestieri che le condizioni dell'acquisto sieno determinate in conformità a tutti i rapporti economici e morali che esse toccano, e di più ritrovisi uguali per tutti i cittadini dello stato. Per quanto spetta a queste condizioni, si scorge anco un progresso nella scienza e nella vita. Così i più recenti diritti (ad eccezione del francese) vogliono nell'usucapione come esigenza morale e giuridica, la buona fede non solo pel principio, ma per tutto il tempo di essa usucapione. In oltre essi apprezzano più giustamente il rapporto del lavoro colla materia, lo scritto, il colorire ecc., non come i romani nell'accessione, ma anco nella specificazione; e così pure negli ultimi tempi le condizioni dell'acquisto son divenute più proporzionate a tutti.

Secondo un importante momento ponno dividersi le specie d'acquisto in *originarie* e *derivative*. *Originarie* le son quelle per cui la proprietà viene acquistata indipendentemente da un diritto di un altro; *derivative* quelle per le quali l'acquisto è dipendente dal diritto di un altro. L'acquisto derivativo gli è una successione, la quale può essere singolare od

universale. Nelle due specie principali della maniera d'acquisto originaria e derivativa, fa mestieri distinguere nel fatto dell'acquisto, se questo è riposto in *azioni di possesso*, senlo indifferente che siffatte azioni sieno dirette all'acquisto del possesso, od abbian luogo nella durata di tal possesso; od invece se trovansi in altre circostanze del tutto indipendenti da azioni di possesso. Qui ne facciamo ad osservare codeste due specie d'acquisto.

I. L'acquisto originario.

1. Per mezzo d'azioni di possesso;

a) per occupazione od appropriazione di una cosa *priva di padrone*; b) coll'acquisto della proprietà d'una cosa altrui, mercè azioni di possesso, α) mediante la *coltura* di terre incolte (*ager desertus* nel dir. rom.) avvenuta sotto determinate condizioni; β) per *specificazione* o trasformazione d'una cosa appartenente ad un'altro, eseguita col lavoro, coll'arte e coll'industria in guisa, che non sia possibile ricondurre la materia allo stato primiero, e così per la novella forma si ritrovi in un rapporto sottordinato, nel quale le relazioni fra il proprietario della materia e lo specificante vengono determinati svariatamente nei diritti positivi; γ) coll'usurpazione (*ordinaria*, colle condizioni della *bona fides*, del *justus titulus*, è di un tempo più breve; *straordinaria*, colle condizioni della *bona fides* e di un lasso di tempo più lungo).

2. Senza azioni di possesso, perciò che l'acquisto di proprietà è l'effetto di una congiunzione, in forza della quale una cosa accede ad un'altra. Le cose riunite, delle quali ciascuna perde la propria separata sussistenza, possono quindi trovarsi o a) in uguale rapporto l'una coll'altra (p. e. come trattasi di grani frammisti), o b) nel rapporto che passa tra la cosa principale e l'accessoria (rapporti d'accessione, *accessio*) nelle diverse specie dell'*accessione*.

II. L'acquisto derivativo (nella vita pratica di molta importanza).

4. Mediamente per acquisto di possesso; a) per *tradizione* colle condizioni di una *justa causa* che si ritrova in un'affare giuridico, colla facoltà del trasmettente di trasferire, e colla abilitazione in chi riceve di acquistare la proprietà; b) nell'acquisto di frutti, derivati dal proprietario

2. Immediatamente senza acquisto di possesso; a) per l'*aggiudicazione*, b) colla contravvenzione del proprietario, al che appartengono molti casi p. e. la defraudazione del dazio; c) in altri casi che si trovano in connessione con diversi rapporti giuridici, i quali vengono spiegati secondo essi casi, in special modo l'acquisto d'eredità mediante *successione ereditaria e legato*, e l'acquisto del creditore con pegno mediante effettivo riconoscimento della proprietà sulla cosa impegnata.

CAPITOLO II.

§ 30. *Gli speciali diritti reali.*

Gli speciali diritti reali, vengono in armonia al loro scopo divisi molto acconciamente in due classi, in *diritti di utili* ed in *diritti di sicurezza*. Ai primi appartengono secondo il diritto romano l'enfiteusi, le superficie e le servitù, e si aggiungono anco i giuridici oneri reali germanici; la seconda classe comprende i diritti di pegno.

I. L'enfiteusi e superficie, che secondo il dir. rom. sono classificati fra i *jura in re aliena*, nelle nuove legislazioni (dir. ter. pruss. cod. civ. aust.) sono trattate come specie della proprietà divisa, e recentemente furono con queste tolte in tutto od in parte.

II. Le *servitù* partonsi in due classi principali, nelle *personali* che come tali appartengono ad una determinata persona, ed in *fondiarie* che sono congiunte alla proprietà di un fondo (*praedium* urbane o di campagna); ambo le specie sono diritti reali perchè possono perseguire contro qualsivoglia detentore della cosa serviente. Recenti legislazioni vogliono che onde sian servite reali, le servitù fondiarie debbansi inscrivere nei libri ipotecarii.

Le servitù personali sono l'uso (*usus*), e l'usufrutto (*usufructus* — che è antichissimo), alle quali il diritto romano aggiunge come terza il diritto di abitazione (*habitatio*), che però al presente vien trattato come uso od usufrutto. La differenza fra l'uso e l'usufrutto viene posta diversamente dal diritto romano e dai nuovi codici. L'usufrutto nasce e da affari giuridici, e dalla legge. L'usufrutto legale può essere paterno, coniugale, pupillare e d'ufficio (*beneficium* nel diritto ecclesiastico).

Le servitù fondiarie o prediali consistono in un vantaggio che viene acconsentito ad un fondo sopra un altro fondo vicino. Se ad un fondo viene imposto un vantaggio soltanto per una *determinata* persona, in tal caso si ha od una servitù personale, od un rapporto d'obbligazione. L'origine delle servitù può riscontrarsi in affari giuridici, nella legge, nella aggiudicazione e nella prescrizione. Le principali maniere di *estinzione*, sono il congiungersi del diritto e dell'obbligo nella stessa persona, il perire della cosa serviente, e la prescrizione liberatrice.

III. I *carichi reali* del diritto germanico, oppure le obbligazioni e le prestazioni in cose naturali, danaro o servigi, e che sono legati ad un fondo e con esso durano in guisa, che passano sopra ogni possessore primieramente vennero assunte per le così dette servitù del diritto germanico, come *servitutes quæ in faciendo consistunt*, ed oggidì da molti, come obbligazioni radicate o fondate. Ma in rispondenza al loro perma-

nente rapporto co' fondi vengono annoverate fra i diritti sulle cose. Al presente però furono abolite da pressochè tutte le legislazioni per vedute economiche e politiche.

IV. Il diritto di pegno che sussiste esclusivamente come aggiunto ad una pretesa e per sicurezza di questo, e che non può continuare oltre la durata di tal pretesa, abbraccia soprattutto il diritto del creditore a soddisfarsi sulla cosa, se il debito non vien pagato nel tempo stabilito. Il diritto di pegno venne vantaggiosamente trasformato colla migliore organizzazione del sistema ipotecario. Pel pegno di cosa mobile si mantennero tuttora nella maggior parte le prescrizioni del diritto romano. Ma l'essenza ipotecaria vien regolata secondo i due principii della *pubblicità* e della *specialità*, in guisa che per la prima veruna ipoteca ha il carattere di diritto reale, se non venne iscritta nei pubblici libri; e per la seconda fa mestieri che l'ipoteca sia sempre iscritta sopra fondi speciali. Con ciò si ottenne una somma semplificazione nei *concorsi*, dove secondo il diritto romano si danno cinque classi di creditori.

SEZIONE SECONDA DEL DIRITTO DI ECONOMIA PRIVATA
O DIRITTO DI SOSTANZA

IL DIRITTO GENERALE DI TRAFFICO, OSSIA IL DIRITTO D' OBBLIGAZIONI
(DI SOSTANZA).

INTRODUZIONE.

§ 31. *Del diritto di obbligazione in sè, e della sua relazione
col diritto sulle cose, fondamento e divisione.*

1. *Il diritto delle obbligazioni in generale.* Il diritto delle obbligazioni ovvero il diritto delle pretese e delle obbligazioni, viene di consueto secondo fece il diritto romano, unito senza più al diritto di sostanza, e trattato come una seconda parte di questo. Quanto sia erronea una tal veduta, più volte sponemmo. Ebbimo pure a mostrare come secondo il vero principio giuridico sono giuridicamente fondate anco quelle pretese ed obbligazioni che si riferiscono a rapporti vitali, in cui la moralità è e deve essere l' intimo principio vitale, ma che però nella loro estrema costruzione ed apprezzamento trovansi sottoposte ad una norma giuridica. Occorrono specialmente tali rapporti nella vita familiare tra coniugi, tra genitori e figli, e ne' passati tempi anco nelle corporazioni, nelle quali ponno essere anco novellamente richiamati. Se però si bramasse riunire nel concetto di obbligazioni le pretese e gli obblighi, in tal caso farebbe mestieri distinguere due classi di obbligazioni: 1. obbligazioni di sostanza, 2. obbligazioni morali giuridiche.

2. *Relazione col diritto sulle cose.* Non è a pensarsi il diritto delle obbligazioni come coordinato al diritto nelle cose; perchè quest' ultimo offresi di bel nuovo secondo i suoi oggetti nel diritto delle obbligazioni, avvegnacechè in quanto spetta alla proprietà ed agli speciali diritti reali, possono nascere delle obbligazioni; e di più il diritto delle obbligazioni si estende eziandio alle cose, ed ha anco azione circa l' oggetto. E bensì vero che l' *immediato* oggetto di un' obbligazione gli è sempre un atto della volontà, ma quest' atto (positivo o negativo) si riferisce il più delle volte a cose, comunque si rapporti anco in altri casi ad operazioni (servigi). Mercè gli obblighi, le cose e le operazioni vengono recate nel movimento del traffico. Per il che le obbligazioni sono la *conformazione giuridica* di tutti i rapporti di sostanza nella vita sociale, cioè il traffico giuridico di sostanza. Nel diritto sulle cose è espresso il permanente, l' *essere* della sostanza, in quanto che quest' essere è inerente ad oggetti

della natura non libera. Nel diritto dell' obbligazioni mostrasi il movimento, il *diventare* de' rapporti di sostanza nel nascimento di pretese ed obblighi, l' interesse de' quali sta sempre di bel nuovo nella loro cessazione per mezzo del soddisfacimento.

3. *Fondamento e carattere* del diritto delle obbligazioni. La base del diritto delle obbligazioni è riposta nell'essenza de' rapporti della vita umana. Nella stessa guisa che l' uomo per la propria natura limitata ed alta ad essere condizionata, dipende da esterni beni reali, così anco dal principio della sua vita fino alla morte, dipende da azioni e prestazioni d' altri, per mezzo delle quali egli ritrova reintegroamento ed aiuto all'intento di raggiungere i necessari e liberi scopi della vita. Per conseguenza le obbligazioni originano in parte dal necessario, ed in parte dal libero sussidio che gli uomini per la propria natura debbono vicendevolmente prestarsi. Esse costituiscono la *mediazione* delle opere e prestazioni fra gli uomini, per tutti gli scopi che si ponno raggiungere nella conformazione esterna della vita; e formano anco ugualmente il vincolo ideale, per cui il movimento e la conformazione della vita acquistano una durevole o passeggera sosta, stabilità e sicurezza, e per cui è resa possibile la fissazione ed attuazione di un piano e di uno scopo della vita. Nelle obbligazioni di sostanza fa mestieri sia raggiunta nel traffico una meta esterna di sostanza mercè l' obbligazione. Tali obbligazioni vanno distinte dalle obbligazioni morali giuridiche, anche a tenore dello scopo cui convien sia raggiunto nell' oggetto. La sostanza (cose od azioni giuridiche di sostanza) presenta un valore a seconda dello scopo di traffico che in essa si può raggiungere *obbiettivamente*, valore il quale come in generale vien prestato, è indipendente da qualsivoglia persona particolare, dalla quale od in favore della quale convien ch' esso sia pórtó. Da siffatto scopo *obbiettivo* e valore ne segue, che nelle obbligazioni di sostanza (però appena in queste) il *soggetto* di esse non possa essere esclusivamente il determinante. Tal veduta subbiettiva venne serbata dal diritto romano in tutto il di lei predominante carattere subbiettivo, e fu indicata da quasi tutti i romaneschi per quella sola che sia giusta. Per il che il diritto romano non acconsente verun trasferimento d' un' obbligazione sussistente fra determinate persone ed un' altra, ma accorda solo l' esercizio del diritto con cessione dell' azione (come nella cessione); mentre il diritto germanico, e sulle basi di questo le nuove legislazioni senza sconoscere l' importanza del fattore subbiettivo, e questo serbando ov' esso è conveniente, contemplano ad un tempo lo scopo di traffico nelle sostanze, scopo attuabile anco da altre persone che non sia l' obbligato primitivo, nonchè in favore di diverse persone, e di più permettono sotto determinate condizioni che venga in luogo del creditore o debitore originario, una terza persona. Conseguentemente lo scopo di traffico legittimo, la rappresentanza, ed il succedere nelle obbliga-

zioni di un altro. Osservasi in oltre come il concepire l'obbligazione qual potere o *dominio* sopra azioni altrui (quantunque codesto ritrovisi eziandio nello spirito del diritto romano) non sia solo una veduta parziale, come la simile nozione del diritto reale, ma in questo caso, del tutto inconveniente. Le obbligazioni allargano la nostra sostanza, ma non già coll'effettivo potere e dominio, sì bene per mezzo della *possibilità* giuridica. Le son desse essenzialmente esigenze volte alla *libertà*, la quale è soprattutto vincolata dal legame morale giuridico della fedeltà, che deve trovarsi determinata tanto per operare quanto per compiere. Del resto ognun ben sa di quanto interesse sia il buon volere giuridico morale per la effettuazione di qualsivoglia pretesa (quantunque assicurata da pegno), e che tal flata la coercizione giuridica che potrebbe esser necessaria, non conduce a toccare pienamente la meta.

4. Il *formarsi* ed il *partimento* delle obbligazioni di sostanza sono determinati dalle medesime cause e circostanze che regolano lo stabilirsi dei rapporti giuridici in generale (§ 9). La divisione delle obbligazioni, che si è porta prima in generale, è quindi da applicarsi cziandio alle obbligazioni di sostanza, e però è la seguente:

I. Obbligazioni d'affari; affari giuridici obbligatorii.

A) Obbligazioni di contratto, contratti, oppure affari giuridici bilaterali.

1. Contratti onerosi per una sol parte (per l'altra parte favorevoli).

2. Contratti reciprocamente onerosi (di consueto detti inconvenientemente, contratti bilaterali).

B) Obbligazioni senza contratto, od affari giuridici obbligatorii per una parte sola.

II. Obbligazioni di delitto.

A Obbligazioni di delitto per *dolus*.

B Obbligazioni di delitto per *culpa*.

III. Obbligazioni di stato (1).

(1) Il diritto romano deriva il formarsi delle obbligazioni, 1. *ex contractu* 2. *ex delicto*, 3. *ex variis causarum figuris*, e divide di bel nuovo quest'ultima maniera di origine, assumendo in modo non conveniente l'analogia di un contratto o di un delitto, in tale guisa *ex-contractu*, e quasi *ex delicto*. I contratti sono poi novellamente partiti in quattro specie: 1. Contratti reali a) nominati, *mutuum, commodatum, depositum, pignus*; b) non nominati, secondo le formole, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, ed alcuni fra questi innominati, ricevettero col volger del tempo un nome speciale, come il *contractus estimatorius*, il *contractus suffragii*, ed il *præcarium*; 2. i contratti verbali, fra i quali specialmente la *stipulatio*; 3. i contratti letterali; 4. i contratti consensuali: a) *emlio-venditio*, b) *locatio-conductio*, c) *societas*, d) *mandatum*. I quasi contratti sono: a) la *negotiorum gestio*, b) la tutela, c) l'amministrazione di una singola cosa comune, d) l'amministrazione di un'eredità comune, e) l'adizione d'eredità, f) il pagamento

Il diritto delle obbligazione si divide in una parte generale, che sviluppa la teoria generale della obbligazione e delle sue specie principali; e in una particolare, sponente le più usate forme delle precipue specie. Qui noi porgeremo uno schizzo di ambe le parti.

di un indebito. Oltre i contratti, vi aveano i *pacta*, i quali nei tempi antichi non porgeano fondamento a verun diritto d'azione, ma alcuni di essi vennero in seguito recati a fondamento di azione giudiziale alcuni dai pretori (*pacta praetoria*), altri da costituzionali (*pacta legitima*), ed altri dall'essere aggiunti tosto ai contratti di buona sede (*pacta adjecta*). Il *delitti* del diritto civile sono; il *furtum*, la *rapina*, il *damnum injuria datum* e la *injuria*. I *quasi delitti* erano: l'obbligo che stringea il giudice per una sentenza ingiusta; l'obbligo inerente a quel tale dalla di cui abitazione, alcuno avea gittato o versato qualche cosa; l'obbligo veniente al padrone di barca, d'osteria o di stallaggio, in causa d'un furto o d'un danno fatto da servi loro ai viaggiatori. A tal categoria appartengono eziandio le obbligazioni che non sono originate da nessuno degli indicati principii giuridici, ma che in generale devonsi riportare ad altre basi legali, che trovansi, a) od in una propria illecita azione (p. e. pel *novi operis nuncupatio*); b) oppure in un'azione straniera quando lecita e quando illecita, ma che però si considera come proveniente dall'obbligato; ed a ciò appartengono gli obblighi dai quali risullano le così dette *actiones adjectitiae qualitatis*; c) od in un riconosciuto principio legale di equità (p. e. la *lex Rhodia de jactu*).

PARTE GENERALE DEL DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI (DI SOSTANZA).

CAPITOLO I.

DELLA NOZIONE, DELLE PERSONE, DELL'OGGETTO, EFFICACIA E ADEMPIMENTO
DELLE OBBLIGAZIONI.

§ 32. *Nozione e differenza delle obbligazioni e del diritto delle obbligazioni.*

1. *Obbligazione* la è quel rapporto giuridico corrente per lo meno fra due persone, per cui viene fondata (1) per una persona (*creditor*), una pretesa alla prestazione di un'altra persona (*debitor*). L'obbligazione conferisce un diritto personale, *jus in personam*. Tuttavia siccome l'oggetto offre un valore di sostanza, e che può dunque ritrovarsi in commercio, così in molti casi tanto la pretesa come l'obbligo può essere trasferita ad altri, specialmente agli eredi.

2. Fin qui non si ebbe a distinguere nettamente il diritto d'obbligazione stessa. Di questi due concetti avviene lo stesso che notammo intorno alla proprietà e diritto di proprietà. In generale un'obbligazione la è già in sè stessa un fondato rapporto giuridico passante fra più persone, ma tal rapporto gli è poi determinato, condizionato e modificato svariatemente da altri rapporti. La base è riposta in ciò, che qualsivoglia rapporto giuridico obbligatorio non sussiste per sè astrattamente, ma in vista anco del collegamento organico di tutti i rapporti, trovasi sempre con altri rapporti giuridici e sociali, in una relazione che deve pure essere regolata. Così p. e. la obbligazione del contratto di compera, è un rapporto giuridico che sussiste fin dal momento in cui fra le parti fermossi l'accordo sull'oggetto ed il prezzo; e le pretese che ne risultano tendono semplicemente al pagamento del prezzo di vendita ed alla tradizione della cosa. Ma in questo affare si presentano anco degli altri rapporti; vale a dire de' morali, se p. e. ebbe luogo inganno: economici, quando il rapporto tra merce e danaro gli è troppo in contraddizione col principio dell'uguale valore di scambio (lesione oltre la metà); naturali (garanzia per difetto); giuridici (garanzia per evizione). Tutti que-

(1) Triplice significato ha la parola romana *obligatio*; essa indica l'atto della formazione, il rapporto giuridico stesso, ad anco l'oggetto della pretesa.

sti rapporti non scendono di certo dal concetto e contenuto dell'obbligazione di compera, cui è dato astrattamente pensare anco senza di essi (come in gran parte era il caso nell'antico diritto romano). Lo stesso può dirsi più o meno di tutte le obbligazioni. Tali rapporti si ponno chiamare *esterni*, in contrapposizione agli *interni* che si deducono dal concetto di obbligazione; ed in vero esprimono la relazione di un obbligo con altri rapporti che vi si connettono. Essi però determinano o modificano i rapporti interni, e le facoltà ed obblighi da questi venienti, e sono oggetto di norma del diritto d'obbligazione. Innanzi tutto a motivo del collegamento degli interni ed esterni rapporti fra loro, è necessario assumere il diritto che andiamo studiando come un *tutto*, e quindi non altrimenti che facemmo nel diritto di proprietà, devesi distinguere il diritto d'obbligazione *interno* e l'*esterno*. L'*interno* abbraccia perciò i rapporti considerati *in sé* e *per sé*, risultanti dal concetto di un'obbligazione, secondo le loro pretese ed obblighi. L'*esterno* accoglie il regolamento di tutti i rapporti che si riferiscono ad una obbligazione, e che la condizionano nel di lei nascere, continuare, efficacia, adempimento e fine; per il che sviluppa le stesse condizioni dalle quali dipende un'obbligazione per tutta la di lei durata dal principio alla fine, e per le quali ricevono eziandio determinazione, limite o larghezza, le facoltà soggettive e gli obblighi delle parti. Impertanto in questo diritto delle obbligazioni, non altrimenti che in quello di proprietà, riscontrasi la esigenza di rannodare gli obblighi particolari, a tutto l'ordine sociale giuridico che è chiamato a determinare ogni cosa.

§ 33. Del soggetto o delle persone dell'obbligazione.

In qualsivoglia obbligazione vi hanno essenzialmente due parti, il creditore ed il debitore. Fra essi il rapporto obbligatorio può essere di diverse specie.

A) Se osservasi al *rapporto*, scorgonsi obbligazioni per una sola parte che secondo la loro propria essenza, fondano dall' un canto soltanto sopra una pretesa, e dall'altro sovra un obbligo, come avviene negli obblighi di delitto ed in molti altri di affari (p. e. donazione). In tal caso l'obbligazione chiamerassi unilaterale (*obligatio unilateralis*). Si danno pure obblighi i quali per loro natura fondano pretese e obbligazioni in ambo le parti sì che queste in diverse direzioni sono creditrici e debentrici nello stesso tempo, come occorre in molti obblighi d'affari p. e. compera, affitto). Queste obbligazioni chiamansi reciproche (bilaterali) *bilaterales*. E devesi aver cura di non confondere colle due maniere qui riportate, quelle che secondo la loro essenza sono *unilateralis*, ma che fanno luogo ad un obbligo secondario del creditore, e che venner chiamate *obligationes, bilaterales, inequales*.

B). Che se guardasi al soggetto, in tal caso possono trovarsi d'ogni lato più persone e però diversi creditori e debitori. Per quanto poi spetta al rapporto di parecchi soggetti, creditori e debitori, coll'oggetto, fa mestieri di distinguere i seguenti tre casi :

1. Quando ogni creditore e debitore è abilitato od obbligato soltanto in parte in relazione all'oggetto (il che è la regola); questa è l'*obligatio pro rata*;

2. Ove il tutto deve essere prestato tante volte quanti sono i debitori o creditori, qui dassi una pluralità d'obbligazioni;

3. Nel caso che il tutto non sia da prestarsi che una sol volta, quantunque ognuno dei creditori possa a proprio talento richiederlo, e ciascuno dei debitori possa essere astretto alla prestazione. Codesto gli è in generale il rapporto dell'obbligazione *solidaria*; e vi ponno essere parecchi creditori solidariamente abilitati, e parecchi debitori solidariamente tenuti (rapporto solidario attivo o passivo). In questo rapporto solidario vengono nel diritto romano di bel nuovo distinti due casi, cui però i nuovi codici assumono unitamente come rapporti solidari; il rapporto solidario può essere un'obbligazione *correale*, oppure *solidaria* nello stretto senso.

a) Sussiste un'obbligazione correale quando il fondamento dell'obbligazione è lo stesso, e però havvi un'unità d'obbligazione quando questa la si assumma nella sua vita obbiettiva, quantunque il rapporto *subbiettivo* non sia necessariamente il medesimo, per cui possono essere abilitati od obbligati l'uno *correns pure*, l'altro *sub conditione*, l'uno *principaliter*, e l'altro in modo accessorio. Di tal guisa ha luogo un'obbligazione correale fra parecchi fideiussori per un identico debito, ed anche fra debitori principali e mallevadori.

b) Si dà un'obbligazione solidaria in istretto senso, quando ciascuno de' parecchi soggetti è obbligato per un fondamento *indipendente*, quantunque la prestazione debba aver luogo una sola volta, e che soddisfacendosi da uno, rimangono liberati gli altri. Tali sono le obbligazioni, nelle quali sono tenuti all'indennizzo quelli che si son resi insieme colpevoli di un delitto (ove ognuno è anche cagione indipendente, e l'oggetto è lo stesso), nelle contutele (ove ognuno è causa indipendente), nell'amministrazione indivisa, ecc. — Ugualmente trattansi in parecchi rapporti le obbligazioni correali e solidarie, ma vi si presentano anche delle diversità. — Giustiniano mercè l'azione di una obbligazione testamentaria correale, e di quella dell'obbligato per delitto, concesse a tutti i debitori tenuti solidariamente a pagare, il *beneficium divisionis* all'intento di dividere il debito *pro rata*.

§ 34. Dell' oggetto dell' obbligazione.

L' oggetto immediato dell' obbligazione è sempre un' azione (prestazione) del debitore, la quale può effettuarsi sulle cose, oppure aver luogo in prestazioni personali (fare e non fare). L' azione dev' essere 1. naturalmente e giuridicamente possibile (*impossibilia nulla est obligatio*); 2. deve porgere un valore valutabile col regolo della sostanza, e può essere eziandio che abbia luogo un' interesse d' affezione; 3. non deve essere indeterminata, oppure abbandonata all' arbitrio di chi si deve obbligare. Nelle così dette obbligazioni *alternative*, si lascia solo indeterminato il diritto di scelta, e ciò di solito al debitore.

La prestazione è semplice o composta a maniera che si riferisce ad una sola prestazione, oppure ad un contenuto di prestazioni. Le prime sono *indivisibili* o *divisibili*, secondo le si ponno adempiere soltanto nel tutto, ovvero anche per prestazioni parziali. Le seconde ponno costituirsi con prestazione di ugual natura (p. e. l' obbligazione degli alimenti), od in vece, come frequente avviene, con prestazioni di diversa specie, e che si suddividono in principali ed accessorie. Tra le obbligazioni accessorie le più comuni sono gli *interessi* che dividonsi in *contrattuali* e *legali*, appartenendo specialmente agli ultimi quelli di mora. L'*anatocismus* è il divieto che riscontrasi nel diritto romano di esigere gli interessi degli interessi, e tal proibizione venne in Prussia ed Austria limitata agli interessi scaduti degli ultimi due anni.

Il valor di una prestazione il quale è apprezzabile secondo quello di sostanza, può in due modi essere oggetto di una estimazione giuridica, avvegnacchè questa si volga o solo al valore di vendita (*verum rei pretium*) oppure all' intero interesse (*aestimatio ejus quod interest*), la qual ultima maniera abbraccia tanto il danno presente (*dannum emergens*), quanto il guadagno mancato (*lucrum cessans*).

§ 35. Dell' efficacia dell' obbligazione.

Un' obbligazione è pienamente efficace soltanto allora che protetta da un' azione (*obligatio civilis*); incompleta quando non può dar luogo ad azione, ma che tuttavia come obbligo *naturale* (*obligatio naturales*) può avere altri effetti giuridici, come è a dirsi nello elevare un' eccezione per compensazione, per *solutio solentio*, o mercè ricognizione, pel diritto di pegno e fideiussione. I casi particolari dell' obbligazione *naturale* originano in parte dall' incompleto formarsi di un' obbligazione, come p. e. a motivo del difetto formale d' un negozio, oppure per l' incapacità d' una persona ad obbligarsi in via civile giuridica, come è a dirsi dei figli di famiglia circa un mutuo di denaro.

§ 36. *Dell' adempimento dell' obbligazione.*

L' adempimento (*solutio*) d'obbligazione consiste nell'effettiva prestazione di quanto è oggetto della stessa. L'adempimento gli è anco la specie principalissima della *cessazione* dell' obbligo (v. § 38). Ma ad un completo adempimento fa mestieri che desso avvenga nel *luogo e tempo debito*. Se non si risponde a quest'ultimo vincolo, occorre l'indugio (*mora*) illecito 'dell' adempimento, che può aver luogo non solo per parte del debitore (*mora solvendi*), ma anco dal lato del creditore (*mora accipiendi*), p. e. con ingiusto rifiuto d' accettazione.

Speciali *limitazioni* all' obbligo d'adempimento, vengono por-te, 1. pel *beneficium competentiae*, quando, principalmente per rapporti sociali morali giuridici il creditore è tenuto a lasciare al debitore il necessario mantenimento, come è il caso fra coniugi, tra fratelli e sorelle, fra donante e donatario; 2 pel *moratorium*, indulto (ultimo indugio), con cui viene accordato al debitore una dilazione al pagamento (per lo più dal giudice, qualche volta anco dal potere dello stato); 3. pel *beneficium cessionis bonorum* in favore del debitore, che vien giudicato in difetto di sostanza senza che lo si trovi di ciò colpevole.

CAPITOLO II.

§ 37. *Dell' estinzione d' un rapporto d' obbligazione verso una terza persona, nella formazione e trasferimento dell' obbligazione.*

I. *Osservazione.* Si ebbe per noi ad indicare sufficientemente come il diritto romano muovendo dal suo punto di veduta subbiiettivo, concepisca il rapporto d' obbligazione in un senso eminentemente personale, ma che tuttavia a motivo delle esigenze del traffico modifica tale principio nel caso della rappresentanza, serbandolo e propugnandolo tuttavia nel trasferimento delle pretese, si chè non si possa trasmettere il diritto, ma solo l' azione di esso; e così pure osservammo che il diritto germanico e la coscienza giuridica, norme decisive nelle recenti legislazioni, secondo una veduta più oggettiva dello scopo di traffico nelle obbligazioni (di sostanza), ampliarono il rapporto d' obbligazione, in ispezialità nel trasmettere i diritti di pretesa. Il principio romano che, in opposizione al pensiero di Savigny, vien propugnato dalla maggior parte de' romaneschi anco nel diritto comune, si mantien pur sempre valevole in riguardo al *debitore*, mentre a motivo della possibile varietà di prestazione, nessun *altro debitore*, deve essere imposto ad un creditore che a ciò liberamente non acconsenta: all' incontro nel trasferimento di pre-

tese, il principio romano deve aversi per abrogato anco pel diritto comune, quantunque si ritrovi modificata dallo spirito giuridico germanico.

II. I casi principali d'estinzione del rapporto del obbligo, sono:

1. La *rappresentanza*, che vien bipartita, a) nella *necessaria*, quando la legge la prescrive per quelle persone, che non sono capaci di porsi di per se stessi con proprie azioni in un rapporto obbligatorio di pretesa, o di debito (il che, come si osservava, gli è una vera rappresentanza, come p. e. mediante i genitori, tutori, procuratori); b) nella *libera*, ove trattasi di mandato. Secondo l'odierno diritto, il mandante trovasi immediatamente abilitato od obbligato, se il mandatario operò in rispondenza al mandato.

2. Il contrarre delle pretese in favore di *terze* persone (fuori de' casi della rappresentanza), di solito non è permesso (così pure il codice civ. aust. § 881). Si danno però alcune eccezioni, fra le quali è universalmente conosciuta la amministrazione d'affari senza mandato (*negotiorum gestio*) ammessa in determinate circostanze, nella quale l'amministratore non richiesto, può contrarre pretese ed obblighi 'nell'interesse del terzo.

3. La *cessione* di pretese, che secondo il diritto romano non effettuava se non se la cessione del diritto d'azione, secondo l'attuale diritto comune ed i recenti codici (prus. ed aus.) opera la trasmissione del diritto stesso della pretesa (1). La cessione eleva pertanto un prossimo rapporto obbligatorio, soltanto fra il cedente ed il cessionario; il debitore (*cessus*) trovasi vincolato al cessionario solo da quel momento, in cui gli venne regolarmente fatta nota la cessione. La sanzione della *lex Anastasia na*, con cui un cessionario che ha comperata una pretesa, non può richiedere in giudizio dal *cessus*, più di quanto egli stesso non abbia dato al cedente, venne tolta dal dir. terr. prus., dal cod. civ. aus., ed anco in alcuni paesi del diritto comune (Baviera).

4. L'*intercessione* la è lo spontaneo assumere i debiti d'un terzo, entrando col creditore di quest'ultimo in un rapporto d'obbligazione. Quindi ne segue non esservi intercessione se si estingue immediatamente il debito del primo debitore, o che in conseguenza d'un affare giuridico si debbano assumere debiti stranieri (p. e. nell'adire un'eredità).

L'intercessione vien divisa in *privata* e *cumulativa*, secondochè il debitore nel cui luogo vuol porsi, venga totalmente liberato, come nella espromissione e delegazione (§ 38); o che l'intercedente s'unisce soltanto ad un'altro circa l'obbligo, il che è il caso nel sottoporsi ad un'obbligazione correa (in rispetto alle parti degli altri membri) come nell'acconsentire il pegno per debiti stranieri, e nella fideiussione.

(1) La trasmissione di obbligazione al portatore (*au porteur*), la si può tenere per una forma della novazione, specialmente come *delegazione*.

Le limitazioni che il diritto romano onde favorire le donne stabili col *S. C. Vellejanum* e coll' *authentica si qua mulier*, vengono per diversi mezzi escluse nella pratica comune, ed in causa della mutata posizione delle donne nella società e nella vita d' affari, furono o completamente abrogate come nel *Code* e nel cod. civ. aus., od indebolite di molto, come nel dir. ter. prus.

CAPITOLO III.

§ 38. Dell' estinzione dell' obbligazione.

I. *In generale.* L' estinzione del rapporto obbligatorio può avvenire per diverse cause, le quali o si ripetono dal volere d' una o d' ambo le parti, o sono indipendenti. Circa l' *effetto*, fa mestieri osservare nella soppressione delle basi, se dessa distrugge l' obbligo *ipso jure*, sicchè col farsi luogo a tal soppressione non possa più esservi obbligo di sorta, oppure *ope exceptionis*, sì che al debitore sia concesso declinare la pretesa soltanto per un' eccezione, nel qual caso possibilmente perdura un' obbligazione naturale.

II. Le precipue cause di estinzione, sono :

A) L' *adempimento* che è diretto od indiretto.

1. Il *diretto* ossia *pagamento* nel senso generale, si è la prestazione di quanto costituisce l' obbligo. Il più comune de' pagamenti, si è il pagamento in danaro, circa il quale occorrono quistioni di sommo momento (1) che toccano il sistema monetario degli stati.

2. L' *indiretto* ha luogo quando il debitore invece di danaro contante, può dare altre cose mobili od immobili per un valore tassato (*beneficium dationis in salutem*); specialmente nella compensazione.

La *compensione* la è l' estinzione di un debito con una contraria pretesa valevolmente opposta, sendo del resto indifferente che dessa provenga dallo stesso rapporto obbligatorio, o da un altro diverso. Ma le essenziali condizioni che debbonsi riscontrare nella pretesa da elevarsi pel compenso, sono : 1. la esigibilità di essa pretesa, dunque p. e. che nulla *in diem debetur*, 2. la idoneità dell' oggetto a recare compenso, la quale può soio pensarsi in oggetti rappresentabili, 3. la liquidità (*liquidi cum illiquido non est compensatio*), che non è a confondersi colla scadenza, ma che è riposta in ciò che la sussistenza ed il contenuto di una pretesa possa venir stabilito senza ingiusta dilazione per un'altra pretesa.

B) Pe' *contratti scioglienti* (*liberatori, remissori*) un' obbligazione viene, o a) semplicemente estinta, come per rinunzia (remissione), e nel

(1) Vedi intorno a ciò, specialmente *Savigny*, diritto delle obbligazioni 1851 I. p. 403-600.

contratto per *contrarius confessus*; oppure *b*) all'obbligo estinto se ne sostituisce uno nuovo: in tal caso il contratto sciogliente dicesi contratti di novazione (*novatio*); od in fine per transazione e compromesso. E qui occorre esaminare:

1. La *novazione* che deve essere introdotta all'intento della mutazione (*animus novandi*), e che include in sè un duplice effetto, l'estinzione della antica obbligazione e di tutti i vincoli accessori (p. e. la guaren-
tiglia), ed il formarsi di una novella. Essa può assumere diverse forme, cioè: *a*) quando senza cambiamento nelle persone (così che debitori e creditori rimangono gli stessi), la causa obbligatoria (*causa obligationis*) vien cambiata, oppure è promesso un altro oggetto; *b*) quando in luogo dell'antico debitore, subentra un nuovo, il che può avvenire in due modi, cioè quando un nuovo debitore s'incarica del debito altrui, senza che questo a tal cosa cooperi, tuttavia mediante il consenso del creditore, il che dicesi *expromissio* e che avvien di solito nel *negotiorum gestio*, oppure quando il prisco debitore passa il proprio debito ad un altro, anco senza il consentimento del creditore, la qual cosa dicesi *delegazione*, e nel cod. aus. *assegnamento* (il che nel dir. romano non è nulla più di una speciale forma di mandato, come di pagamento), e dove il primo debitore dicesi *delegante* (assegnante), ed il nuovo debitore *delegato* (assegnato). ed il creditore *delegatario* (assegnatario); oppure *c*) allora che un nuovo creditore può porsi in luogo del vecchio, col cedere che questo fa all'altro la propria pretesa, ciò che dicesi *delegazione*, e che distinguesi dalla cessione d'una pretesa in ciò che in questa forma anco il debitore dà il proprio assenso.

2. La transazione (cui il cod. civ. aus. al § 1380, considera anco come una novazione), è quel contratto per cui delle pretese disputabili ed incerte, vengono tolte o cambiate di reciproco accordo. Non si può transigere sovra soggetti che non si ritrovano nella categoria del puro diritto di sostanza, e che unitamente all'interesse giuridico privato, offrono eziandio una parte giuridica pubblica, p. e. sulla validità d'un matrimonio. Gli è però dell'essenza di tale stipulazione, che non ricevano applicazione molte pretese vevoli per contratto (p. e. in riguardo alla lesione oltre la metà).

3. Il compromesso gli è il contratto mercè il quale le parti si sottopongono alla decisione di un arbitro eletto liberamente; i regolamenti di diritto porgano le prescrizioni intorno a tal cosa.

C) Azioni *unitateralis* che ponno estinguere l'obbligazione, sono principalmente la denuncia, la revocazione, e il motivato contestare.

1. La *denuncia* può aver luogo da canto di ciascuna parte in diversi contratti obbligatori (p. e. nei contratti di servizio, ne' mandati), e si determina secondo la speciale natura de' medesimi.

2. La *revoca* od il recesso da un contratto, presuppone un'espressa riserva (*pactum displicentiae*, la *in diem addictio* nella compera).

3. La *motivata contestazione*, secondo la pratica del diritto comune ha luogo non solo nella compera (si pel compratore che pel venditore), ma in genere in tutti gli affari giuridici onerosi ove succede una lesione oltre la metà (*lesio enormis, l. ultra dimidium*). Il cod. civ. aus. (§§ 934. 935) ha confermato siffatto diritto di contestazione in tutta la sua larghezza, purchè ad esso non si abbia rinunciato; all'incontro il dir. ter. prus. attribuisce questo diritto soltanto al compratore di una cosa.

DLa fine *casuale* d'un'obbligazione origina principalmente:

1. Dalla non imputabile impossibilità dell'adempimento (*ad impossibilia nulla datur obligatio*).

2. Da confusione o riunirsi del debitore e creditore in una sola persona (specialmente nell'eredità).

3. Dal concorso di due cause di pretese lucrative (*concursum duarum causarum lucralivarum*), quando la cosa dovuta per una causa lucrativa, venne già ricevuto dal creditore per un altro simile motivo.

CAPITOLO IV.

DELLE SPECIE PRINCIPALI DELL'OBLIGAZIONE IN GENERALE.

I. Prima specie principale: *le obbligazioni d'affari.*

A) Prima sottospecie: *i contratti.*

§ 39. Del fondamento e scopo de' contratti nel sistema del diritto.

1. Il contratto ha comune coll'obbligazione il fondamento nella limitazione della vita umana e ne' bisogni che ne emergono, limitazione che deve essere tolta mercè il sussidio di prestazioni porle da altre persone. Ma esso si distingue dalle altre obbligazioni in ciò, che si riferisce soltanto a quelle prestazioni le quali ripetono la loro *origine* da uno spontaneo accordo. Tale consenso gli è la conseguenza della libertà, della spontanea determinazione (autonomia), alla quale in tutte le cerchie della vita viene attribuita una sfera ove estrinsecarsi. Lo scopo del contratto in generale è riposto nel condizionare quelle pretese che si avvisano necessarie per un lecito fine della vita. Pel consentimento dovea stringersi un *legame*, affinché ogni persona alla quale è promessa una prestazione, ne possa far conto con *sicurezza*. La *fedeltà* all'adempimento viene imposta da tutta quanta l'essenza morale giuridica della vita umana, avvegnachè senza quella l'uomo che pur ha mestieri del sussidio altrui in tutti i rapporti, non potrebbe incarnare scopo veruno nella vita, non essendogli dato far calcolo de' mezzi a ciò necessarii, e però avrebbe a smettere di sussistere come essera ragionevole proponentesi degli scopi anco pel futuro, e sciegliente a tal fine gli acconci mezzi. Impertanto la

fedellà nell'adempimento della assicurata prestazione, la è soprattutto un precetto della ragione, ed originando dall'etica, abbraccia (1) anche tutti i rapporti giuridici ne' quali liberamente si convenne.

2. In riguardo al *sistema giuridico*, il contratto tanto meno dell'obbligazione, non si deve circoscrivere ai meri rapporti di sostanza, ma convien si riferisca a tutti i rapporti della vita, nei quali il libero accordo si è un momento essenziale. Il limitare, come fecero soprattutto i romaneschi (2), i contratti ai rapporti di sostanza, non è legittimato nè dal concetto nè dalla vita. Tuttavia siamo stretti a confessare fondarsi siffatte vedute limitative, sovra una dottrina in parte giusta, qual si è quella insegnante che fra i contratti di sostanza e gli altri rapporti nati da contratti, passa una essenziale differenza; differenza cui la maggior parte dei rappresentanti della veduta più larga, fu ben lungi dallo scorgere, o che almeno non ha debitamente determinata. A tale intento, Stahl (3) distinse gli *atti* di contratto, dai *rapporti* di contratto, secondo che il contratto nel suo più vasto senso, sia puro mezzo di stabilire il rapporto giuridico, rapporto che in seguito si stacca da esso contratto (?), e che sussiste in rispondenza alle proprie leggi e condizioni, come p. e. il concludere matrimonio il *pactum hypothecæ*, la tradizione ecc.; oppure secondo che il contratto includa lo stesso rapporto giuridico, a cui esso serve continuamente di causa e sorgente (sostanza) in guisa tale che qualunque adempimento abbia luogo di continuo solo in armonia a tal causa. Ma quantunque questa distinzione s'appoggi ad alcuni momenti importanti, tuttavia è ben lungi dall'essere esatta, come di leggerci lo si rileva dal mettere insieme un *pactum hypothecæ* con una conclusione di matrimonio. Invece la differenza essenziale vien porta dalla diversa *relazione della volontà*, qual causa del contratto, coll'oggetto del contratto; ed i contratti non si ponno come le obbligazioni dividere, se non che in contratti di sostanza, ed in contratti *etici* o *morali giuridici*. Nei primi, secondo il concetto della sostanza per cui è assunta qual bene reale soggetto alla libera potenza e disposizione, la *volontà* de' contraenti è pre-

(1) Sul profondo fondamento filosofico de' concetti che qui si toccano, vedi la mia filos. del diritto p. 333—345, ed il diritto naturale ovvero filos. del diritto di Röder, p. 314—325.

(2) Anche in tali quistioni, Savigny, sist. dell'attuale diritto rom., v. III, p. 309 e seg., mostrò la sua libera e retta maniera di vedere, avvegnacchè egli dica che « pel contratto » « quat riunione di molti in una dichiarazione di concorde volontà, per cui i loro rapporti giuridici vengono determinati » « sia da usarsi una vasta applicazione, e però riescon possibili i contratti nel diritto internazionale, nel diritto di stato, ed in quello privato; » ed egli annovera fra queste, anco il matrimonio.

(3) Filos. del diritto 3. edizione, vol. II, § 84; la mia filosofia del diritto, p. 334.

dominante, determinatrice e decisiva per l'oggetto; laddove negli altri la volontà di contratto devesi *regolare* secondo l'oggetto determinato da uno scopo morale, oppure giuridico obbiettivo. Ne' primi dunque si è il volere subbiellivo che regola a proprio talento l'oggetto; ne' secondi invece la volontà è regolata e signoreggiata dall'oggetto in tutti i punti essenziali. Così dipende dal libero volere il contrarre o no matrimonio con una determinata persona; ma dal momento che è fermato l'accordo e che sia convenuto il matrimonio, il contenuto di tal contratto è già pórho dall'essenza del matrimonio, secondo la quale fa mestieri si regoli in perpetuo il procedere morale e giuridico di tale istituzione. Ed anco in una palluita costituzione di stato, non è unico principio coslitutore la volontà de' palteggianti. Anche un tale contratto non devesi riguardare come nua stipulazione sopra un oggetto di sostanza (non come se si trattasse di pepe e di caffè, secondo l'osservazione di *Burke*), ma prima di tutto convien risponda ai rapporti vitali obbiettivi di stato, della morale e della civiltà. Che se il contratto urta invece bruscamente, e se la volontà non mostrasi inclinevole al cangiamento, in tal caso il contratto avversalo dalla coscienza morale giuridica, viene disrutto dagli stessi rapporti sociali. Però rimangono gli uni dagli altri distinti i contratti di sostanza e gli etici, nella foggia ora indicata.

3. Nella stessa guisa che distinguesi l'obbligazione, dal diritto d'obbligazione, differisce anco il contratto dal diritto di contratto. Il contratto gli è per sè stesso una forma giuridica. Il diritto di contratto si è però la normia di tutti i rapporti giuridici che si riferiscono al contratto e lo condizionano, e si parte ugualmente in contratto *interno* ed *esterno*, secondo che un rapporto giuridico vien regolato a sè ed in sè in armonia alle condizioni e facoltà, oppure lo si conforma a rapporti esteriori.

§ 40. *La nozione del contratto giusta i suoi momenti principali.*

Il contratto si è la *coscienziosa concorde dichiarazione di volontà di parecchie persone circa un rapporto giuridico da determinarsi fra loro*. Ogni contratto completo ha necessariamente una parte *subbiettiva* ed una *obbiettiva*. La prima manifestasi in ciò, che il contratto non sussiste, come ogni rapporto giuridico, soltanto *per* la volontà, ma bensì *per mezzo* del volere (e certamente di molti). La seconda concerne il *fondamento giuridico* (v. § 18), che nel contratto di sostanza riscontrasi nel cambiamento di sostanza, canbiamento che deve essere determinato dalla volontà de' contraenti in armonia ad uno scopo; ed in questo conviene poi dislinguere lo scopo finale dal prossimo (v. § 13). Considerato il fondamento giuridico nella sua conseguenza, e riferito allo scopo prossimo, si scorge di leggeri essere sempre un affare giuridico recante con sè un passaggio di sostanza, sia desso soltanto unilaterale (p. e. dona-

zione), o per ambo le parti (p. e. compera). In generale lo scopo ultimo giace al di là della sfera giuridica, ed appartiene alla morale ed alla libertà morale (§ 13). La base obbiettiva giuridica e la prossima meta obbiettiva del contratto, convien per fermo sieno distinte, avvegnachè possono occorrere parecchi difetti tanto in relazione all'una, quanto all'altra. Ed ugualmente può darsi nello scopo prossimo mancanza d'accordo, e malgrado ciò, almeno secondo il diritto (per la C. 36. D. 41. 1) è possibile un passaggio obbiettivo di sostanza, quando p. e. l'uno de' contraenti credea donare, e l'altro avvisava ricevere a mutuo (giacchè obbiettivamente tanto la donazione quanto il mutuo producono passaggio di proprietà). Può darsi eziandio che lo scopo sia uno di quelli vietati dalla legge, ove anco la conseguenza relativa viene ad essere estorta, p. e. col chiedere la restituzione del dono; od il fine può essere soltanto tollerato (p. e. un giuoco ed una scommessa non proibita), nel qual caso non viene acconsentita l'azione di adempimento. D'altra parte è anco possibile che il fondamento giuridico a motivo de' rapporti giuridici, non produca la propria conseguenza (p. e. quando un pupillo dà una somma a mutuo ad un maggiorenne, nel qual caso non avviene la traslazione della proprietà del danaro, che può essere rivendicato; quando invece se il pupillo *riceve il danaro*, la proprietà è trasferita, ed ha luogo solo la *Condictio*). Nella usuale terminologia giuridica, non ebbero ad essere finora distinti il fondamento e lo scopo giuridico, ma furono assunti unitamente sotto la comune indicazione del « fondamento giuridico » della « causa » (v. §§ 13 e 17). Del resto essi formano assieme il vero contenuto (materia) del contratto, contenuto cui vuolsi distinguere dalla mera *forma*, la qual come tale è riposta nella volontà d'ambo le parti. In un contratto completo fa mestieri si trovino riuniti contenuto e forma; ma può anche avvenire che la forma sia sciolta dal contenuto, cioè dal fondamento giuridico, dalla causa, e che si manifesti sola. Tal cosa avveniva nella stipulazione romana, ed ha luogo nell'odierno diritto, specialmente nel contratto cambiario, che però venne indicato per una promessa staccata dalla causa materiale; onde una superiore divisione generale de' contratti in *contratti completi materiali*, ed in puramente *formali*. Per i contratti formali, ed in ispecie per la stipulazione, è acconcia solo la semivera definizione, che il contratto sia una « promessa accettata. » L'importanza del fondamento giuridico della causa presentasi anche nella pratica e nella procedura, p. e. in ciò che una somma offre un diverso interesse giuridico, secondo venga pretesa per donazione o per mutuo.

La differenza propria del diritto romano, fra *contractus* e *pacto*, non sussiste più del tutto ne' moderni diritti, avvegnachè ivi tutti i contratti dian luogo ad *azione*.

La forza *vincolatrice* de' contratti non è più riposta come presso i Romani nella special forma dell'origine loro, secondo le quattro specie di contratti reali, verbali, letterali e consensuali, ma sulle promesse appoggiantesi alla *fedeltà* (1). In tal senso al presente, tutti i contratti sono consensuali. Con questo non è tuttavia escluso che i contratti reali romani presentino anco attualmente un tal carattere, e che nell'effetto sieno differenti da quelle contrattazioni pure vincolatrici, nelle quali viene appena promessa una prestazione, p. e. un mutuo e così via. Ugualmente per certi contratti consensuali, può essere dichiarata necessaria la redazione in iscritto (2).

§ 41. *Il trattamento del contratto lungo il suo corso, considerato dal principio fino al compimento (perfezione).*

1. Sovente precedono alla vera stipulazione del contratto alcuni preliminari trattati, o proposizioni, come anco lo stabilire che abbia ad essere conchiuso un contratto, *pactum de contrahendo*. Formano una specie importante di tali *pacta*, i progetti in iscritto segnanti i punti principali del contratto. Secondo il diritto romano tutti i *pacta de c.* non sono vincolanti; altrimenti è sancito, sotto speciali determinazioni, nel dir. ter. prus. I. v. § 120-123, e nel cod. civ. aus. § 885.

2. Il trattamento del contratto si può dividere nei due momenti dell'offerta e dell'accettazione, secondo il tempo ed il luogo. Del resto dev'essere aver per regola generale che l'uno dei contraenti si obblighi in anticipazione, pel caso che l'altro conoscesse la di lui offerta, e l'accettasse con parole o fatti.

3. Il trattamento del contratto è riposto nel coscienziioso accordo d'ambe le parti, accordo che sussiste lorchè ebbersi i contraenti a concertare sovra tutti i punti essenziali. Manca l'accordo quando vi sia violenza o costrizione fisica, inganno od errore (§ 12. I.). L'ultimo annulla il contratto quando si riferisce ai punti principali, alla *cosa*, od alle proprietà essenziali di essa, alla *specie* del contratto od alla *persona*, quando le

(1) Giusta la definizione del diritto romano: *est autem pactio duorum plurimumque in idem placitam consensus*, avrebbero conchiuso un contratto anche due filosofi che si fossero dichiarati concordi sopra una tesi.

(2) Stobbe. « nella storia del diritto germanico di contratto » 1853, riscontra pure la forza vincolatrice del contratto nella *fedeltà*, e pone come principi di diritto germanico i seguenti: 1. qualunque promessa, qualsivoglia contratto lega le parti e le obbliga all'adempimento; 2. ogni contratto fonda un'azione; 3. qualunque contratto conchiuso avanti il giudizio, non solo fonda l'azione, ma to si può anco assolutamente provare; 4. se il contratto non venne approvato giudizialmente, dipende dalla fedeltà od infedeltà del convenuto, il riconoscerlo o no; egli può impugnare il contratto col proprio giuramento.

azioni di questa sono per la natura della prestazione, di somma influenza. Se l'errore verte soltanto intorno a cose accessorie, in tal caso a chi erra spetterà unicamente la pretesa all'indennizzo.

4. È compiuto (perfezionato) il trattamento del contratto (cui conviene distinguere dall'effettuazione del contratto), quando la volontà de' contraenti è dichiarata nella dovuta forma su tutti i punti essenziali. Dipenderà poi dalla natura d'ogni contratto, il determinare il punto nel quale ogni singolo contratto sia perfetto. Una specie di contratti, come quella dei contratti del diritto romano detti reali: il *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus* hanno questo di caratteristico, che il contratto non è perfetto se non quando sia avvenuta la prestazione per parte di quegli che deve essere creditore; laddove in altri contratti è sufficiente al perfezionamento l'indicato accordo, mentre poi in alcuni è necessaria pure una determinata forma (p. e. la redazione in iscritto).

5. Il contratto perfetto, vien considerato nella sua unità e totalità pel più vicino fondamento giuridico, di tutto quanto in lui trovasi determinato, e che manifestasi come sua *conseguenza*. Impertanto il contratto porge il diritto sovra quello che in lui riscontrasi condizionato; e quindi parecchi contratti danno diritto al trasferimento di proprietà e di possesso per mezzo della tradizione. Siccome nella natura della cosa è fondata la differenza fra diritto *sopra* una cosa, e diritto *ad* una cosa, così la non è per nulla conveniente, come stabilisce un diritto positivo (p. e. cod. frane.) il tenere per effettuata la trasmissione della proprietà pel solo contratto di compra. E bisogna pur guardarsi dal condurre il giudizio ad ingerirsi nel caso in cui il trattamento e l'effettuazione del contratto dividonsi l'uno dall'altra e di tempo e di fatto.

§ 42. Divisione dei contratti.

La partizion de' contratti può esser condotta secondo diversi punti di partenza. Il diritto romano muoveva dalle diverse forme dell'origine. Ma siffatto concepimento gli è di troppo parziale ed esteriore, chè invece fa mestieri nella divisione afferrare ed esporre la svariata essenza de' contratti. Vi hanno però principii di divisione generali e speciali, i quali è dato riunire.

1. La più generale partizione de' contratti è determinata dalle diverse specie di rapporti speciali. Si danno (anche nel diritto privato) contratti sopra rapporti religiosi morali, d'arti e scienze e d'istruzione, come anco sovra relazioni economiche vale a dire di sostanza, ai quali ultimi appartengono i contratti d'industria e commercio. Tutti siffatti rapporti ponno eziandio essere accolti in un contratto. Di già per noi si fece superiormente la divisione in contratti *etici* e di sostanza; e qui nel diritto di sostanza ci atteniamo agli ultimi.

II. I contratti di sostanza devono prima di tutto dividere:

a) in contratti *materiali* e *formali* a misura che il fondamento e lo scopo giuridico vi si trova o no espresso (§ 44);

b) rispetto la duplice specie dell'*oggetto*, secondo che sono oggetto del contratto le *cose* oppure le *azioni* (servizi), partonsi in contratti di *cose* e contratti di *azioni personali*, in quanto queste s'abbiano un valore di sostanza. A questi tengon dietro i contratti di sostanza, ne quali si rannoda all'avvenimento casuale un interesse di sostanza, che può ritrovarsi in cose (come avviene di consueto) oppure in opere. Nè si deve con questa divisione confondere quella fatta da *Savigny* (sistema ecc. vol. III, pag. 310) in contratti *obligatorii* e *reali*, avvegnachè obligatorii sien quelli coi quali vien solo prossimamente fondato in modo immediato un obbligo ad una prestazione la quale non è ancor seguita; laddove reali sien quelli con cui subito immediatamente si acquista il diritto ad una cosa, come avviene nel diritto romano nell'enfiteusi, nella superficie nell'ipoteca, (secondo più esatte vedute anco) nelle servitù, e finalmente nella tradizione, che dai neoromaneschi (*Savigny*) vien concepita come contratto (1);

c) in vista della relazione de' motivi subbiettivi delle parti col fondamento giuridico, cioè giusta lo scopo giuridico, secondo si proponga un trasferimento di sostanza da ambe le parti, vale a dire reciprocamente, oppure da una parte sola a beneficio dell'altra, i contratti sono *reciproci* (reciprocamente caricanti, *onerosi*, che vengon anco detti bilaterali), oppure *benefici* (inequali, detti anco unilaterali). In quelli il principio fondamentale è lo *scambio*, nei secondi è la *donazione* che può anco manifestarsi in una forma diversa di quella propria alla promessa ed al contratto (§ 13);

d) secondo la possibile relazione dei contratti con altri rapporti giuridici, sono i contratti *indipendenti* o *dipendenti*, cioè accessori (come tutti i contratti mercè i quali si accorda una sicurezza per l'adempimento di un obbligo):

e) Secondo la diversa reciproca condizione di parecchi contratti, dividonsi in *principali* ed *accessorii*.

A tali divisioni convien porre a capo quella, fin qui ben raramente messa, di contratti materiali e formali. A questa sarebbe più conveniente tenesse dietro la divisione obbiettiva in contratti di cose ed azioni (2), di

(1) Nulla per certo è dato opporre a questa maniera di considerare la tradizione come contratto; tuttavia la tradizione non può che esser sempre la conseguenza di un fondamento (*causa*) precedente o contemporanea, onde torna più opportuno di riguardare l'affare giuridico come un *tutto* giusta il fondamento e la conseguenza. Un affare di contratto può accogliere in sè parecchi atti, anche concernenti l'adempimento, ognuno de' quali considerato in sè, forma un contratto.

(2) *Walter*, dir. pri. ted., ha posta pure per prima la divisione obbiettiva

quello che l'altra consueta di benefici ed onerosi, avvegnachè la prima in parecchi rapporti ha maggior comprensione della seconda. E non sarebbe nemmeno sconveniente il trattare esse suddivisioni in guisa, che la seconda avesse a formar sempre una suddivisione, sì che nei contratti di cose accessorie debbano iunanzi tutto esser trattati i benefici, poscia gli onerosi, e così pure nei contratti d'azione. Nel seguente schizzo si mantiene la consueta posizione e divisione.

B) Le obbligazioni d'affari unilaterali o non venienti da contratto, verranno brevemente indicate nel prospetto.

II. Le obbligazioni di delitto e di stato (l'essenza delle quali venne già trattata in generale, § 9) saranno quivi pur brevemente esposte (1).

PARTE SPECIALE DEL DIRITTO DI OBBLIGAZIONI (DI SOSTANZA)

§ 44. *Prospetto delle specie principali delle obbligazioni*

Osservazione generale. La vita sociale creò determinate forme soprattutto nella sfera delle obbligazioni d'affari, per tutti i rapporti d'obblighi importanti, e ad esse forme impose un nome particolare. Tuttavia siffatte forme determinate ed aventi un nome, sono ben lungi dall'esaurire il nome di tutte le possibili. Ovunque è dato pensare un interesse giuridico, oppure giuridico morale, si ponno creare nuovi rapporti d'obbligazione secondo alle parti talenta (2). Le obbligazioni partonsi in obblighi d'affari di delitto e di stato.

I. Le obbligazioni d'affari.

(1) In varie riprese abbiamo accennato all'intima congiunzione di tutto il diritto di sostanza — quindi anche dei diritto d'obbligazioni (di sostanza) — coi rapporti nazionali economici. Nel diritto di contratto, *Rudhart*, « Ricerca sulla divisione e posizione de' contratti » 1811, accennò a questo intimo rapporto, e muove sempre (quantunque tal fiala non giustamente) dai principi fondamentali di economia nazionale. Anche *Roscher*, « economia nazionale » 1854, §. 10 osserva giustamente: « in innumerevoli casi la scienza del diritto ne porge soltanto il come esteriore; e solo l'economia nazionale vi aggiunge il più profondo perché. »

(2) Vedi intorno a ciò le assennate parole di *Puchta*, pand. § 218. Egli anco nella nota rifiuta l'erronea prisca opinione che tenea, si dovesse classificare fra i così detti contratti innominati, qualunque nuovo contratto che avesse a presentarsi, il quale non rispondesse alla nozione d'uno de' casi determinati, porti dal diritto romano; opinione tanto più da eliminarsi in quanto che questa dottrina non serve per nulla all'uso moderno.

§ 44. A) *Le obbligazioni di contratti.*

a) i contratti materiali.

I contratti aggravanti una sol parte (benefici).

Contratti benefici sono quelli che per loro essenza e scopo impongono de' pesi ad una sol parte. Pure mercè circostanze accessorie, p. e. per convenzione, possono venir congiunti a certi obblighi imposti al creditore, che ingenerino nel debitore un'*actio contraria*.

La donazione (*donatio*) la quale in senso lato indica qualunque azione giuridica, con cui alcuno di propria volontà e senz'obbligo giuridico arricchisce altrui di oggetti tratti dalla propria sostanza, la è un contratto, una promessa fatta ed accettata a tale intendimento. Come Giustiniano nelle donazioni sorpassanti 800 ducati (*solidi*) prescrisse il protocollo giudiziale (insinuazione), così anco i nuovi diritti, onde impedire le precipitazioni ed i danneggiamenti a terze persone, vogliono determinate forme affinché si abbia ad aver azione per la promessa di donazione (il dir. ter. prus. vuol la forma giudiziale, il codice civile austriaco § 943 la redazione in iscritto). La donazione può esser, secondo tutti i diritti, contestata da determinati principii, o revocata in causa di bassa ingratitudine. Le specie principali sono le donazioni (*di fra vivi inter vivos*), e *pel caso di morte* (*mortis causa di*), la perfezione delle quali dipende dal sopravvivere del donatario al donante, e dal non aver quest'ultimo rievocato il dono.

2. Il mutuo (*mutuum*) si è il contratto con cui cose rappresentabili (non determinate individualmente) vengono date altrui in proprietà perchè si possano anco consumare, merè però l'obbligo della restituzione d'una simile quantità di cose della stessa specie. Nel mutuo come trattasi di beni rappresentabili, può interessare anco il concetto economico nazionale del capitale, come un fornimento di beni. In quella stessa guisa che pel valore di uso e di scambio d'un capitale è specialmente fondata la *rendita*, così in un capitale di mutuo, è basato l'interesse. A cagione della somma influenza che siffatti negozii giuridici tanto frequenti esercitano sovra la vita morale economica, le legislazioni, tanto la romana quanto le recenti introdussero una limitazione nelle condizioni degli interessi, prescrivendo a questi una scala. La legislazione del medio evo, appoggiandosi ai precetti della chiesa che derivolli dall'evangelio, confondendo la esigenza religiosa morale col punto giuridico di stato, e sconsuando in genere la natura della rendita, avea vietato del tutto gli interessi, come usura, ed all'inecontro permesso le rendite (comprese di valori) pei debitori più vantaggiose. Nei tempi nostri, un'economia nazionale astratta, collegata con dottrine di diritto e di contratti, pure astratte, esige la soppressione di tutte le leggi sull'usura, e vuole illimitata la gra-

dazione degli interessi. Ma comunque sia pur cosa giusta che la misura degli interessi si trovimutevole a norma de' rapporti, avvegnachè non la si possa per nulla acconciamente determinare invariabilmente da leggi costanti, tuttavia il limite degli interessi dovrebbe uniformarsi per gli affari privati, alla misura adottata pubblicamente oggidì in tutto i grandi stati, da pubblici regolatori che trovansi sotto la controlleria della opinione sociale e dello stato, cioè dalle pubbliche banche ipotecarie, e dalle istituzioni di prestito (1). Però innanzi tutto convien provvedere alla formazione di istituti di credito (non di borsa) bene organati, se vuolsi che il libero commercio privato riceva norma da una libera potenza sociale.

3. Il contratto di comodato (*commodatum*) gli è quel contratto per cui una cosa non rappresentabile (individualmente determinata) vien data ad uso gratuito, per uno scopo stabilito dalla natura di essa cosa, ovvero dal contratto, sotto l'obbligo di restituirla. Mentre nel mutuo l'interesse di uso di chi riceve non è soddisfatto se non col passare dell'oggetto in sua proprietà, nel comodato invece si raggiunge lo stesso scopo mercè la detenzione della cosa. Il contratto di comodato pel proprio carattere di gratuito, distinguesi dal contratto di locazione e conduzione, che serve allo stesso scopo, a che ha luogo in una forma particolare sovra rappresentabili,

4. Il contratto di deposito (*depositum*), con cui una persona si obbliga di custodire una cosa a lui consegnata, accorda ogni vantaggio al datore qual deponente. Se questo promette un compenso, in tal caso il contratto si cambia in oneroso. Una special maniera di tal contratto si è il sequestro, pel quale vien depositata presso un terzo la cosa contesa, fino alla decisione.

5. Il contratto di mandato (*mandatum*), per cui una persona si fa a provvedere a negozii in nome dell'altro contraente, distinguesi da altri contratti di prestazioni personali pel carattere di rappresentante che assume il mandatario. Deve questi scrbarsi nei limiti del mandato; a lui è acconsentita l'azione di compenso secondo il dir. rom. (la *actio m. contraria*). Nel traffico ci occorrono come particolar modi di mandato, il mandato di pagamento, il mandato di esazione, ambo le specie vincolatrici, l'assegnamento commerciale e la lettera di credito, cioè l'incombenza di far credito al possessore della lettera.

II. I contratti che per loro essenza sono reciprocamente onerosi.

1. La *permuta* si è propriamente la base economica di tutti i contratti reciproci. Quindi *Puchta* dice con molta assennatezza (§ 359): « contratti

(1) La è questa una veduta che io da molt'anni esposi nelle mie lezioni, e che sovente agli esami di dottorato contrapposi alla comune opinione nazionale economia, ed alla quale anche ora sembra si colleghi un concetto pratico e libero de' rapporti.

di permuta sono in generale tutti i contratti con cui ogni contraenti si obbliga alla prestazione d'un oggetto, siccome equivalente a quello cui deve prestare l'altro. » Ma in istretto senso è la permuta il contratto col quale vien data una cosa per un'altra, e però, come dice Puchta « ambo le prestazioni offrono ad un tempo il carattere del prezzo e della mercè. » In questo contratto fa mestieri che la proprietà non sia diritto di uso ma bensì scopo ed intendimento.

2. La *compera* si è il contratto con cui vien rimessa una cosa (come merce) per una determinata somma di danaro (come prezzo). Giusta il diritto romano l'intenzione era vòlta soltanto all' *habere licere*; secondo i nuovi diritti, alla proprietà nel largo senso di questo concetto. La proprietà della cosa comperata, pel dir. terr. prus. e pel cod. civ. aus. (non pel dir. francese ar. 1583) viene acquistata soltanto per la tradizione. Secondo il dir. rom. l'acidente ed il vantaggio, tosto che il contratto non ha più alcun punto indeterminato, spettano al compratore; mentre il dir. terr. prus. ed il cod. civ. aus. (§ 1048-51) hanno riguardo per ciò al tempo convenuto pel trasferimento ed alla tradizione stessa. Nella compera occorre assai di frequente il diritto alla prestazione di guarentigia (che in generale ha luogo nei contratti onerosi) tanto pei difetti giuridici (prestazione per evizione), quanto pei fisici (che nel diritto romano erano particolarmente determinati dell'edito degli Edili).

Nella compera ponno darsi i seguenti accessori rapporti di diritto:

1. il diritto di prelazione; 2. la riserva della rivendita; 3. la riserva della ricompera.

Speciali maniere della compera, sono; 1. la compera a prova, la quale e compera condizionata, e nel diritto si tiene fatta sotto condizione sospensiva; 2. la compera secondo la prova, il qual contratto non è vacillante ma stabile, ed in cui il venditore si obbliga a somministrare la merce in conformità alla prova; 3. svariatamente modificasi la compera negli affari di borsa, ove torna spesso assai difficile il distinguere secondo l'intenzione dei privati gli affari reali, dalle mere scommesse; 4. la compera di rendite.

3. La *locazione* assunta in senso generale siccome il vantaggio tratto dietro corrispettivo, da una cosa che si trova nel patrimonio di un altro ed avente valore di permuta (beni, cose od azione), deve essere determinata con diligenza, e dislinta in modo economico secondo le tre sorgenti di beni, opera, capitale e forza di natura, e secondo la foggia con cui esse trovansi collegate.

a) La locazione di opera è triplice in rispondenza alle specie del lavoro, secondochè α) sieno oggetto del contratto comuni servigi, * che si abbiano un prezzo consueto (*locatio et conductio operarum*), ove la massima importanza è riposta nella fatica fisica; β) oppure se trattasi di

prestazioni in cui predomina la intelligenza, ma che tuttavia appartengono soltanto alla sfera economica (p. e. quando è il caso di fattori, conduttori di navigli, spedizionieri ecc.); 7) oppure se trattasi di prestazioni che d'un sol lato toccano il campo economico, in quanto che il vantaggio esteriore ritrovasi eziandio in un oggetto di sostanza, ma che desse considerate in sè trovansi fuori della sfera economica, e scendono da un' elevata scienza od arte; come avviene nelle prestazioni dei maestri, artisti, avvocati e dottori, pe' quali la controprestazione è detta anche onorario.

b) La locazione qual uso fatto dietro corrispettivo, di una cosa non rappresentabile considerata come capitale (p. e. di una cosa, di un cavallo). Questa è la locazione in istretto senso, diversa perciò dalla affittanza.

c) La locazione delle forze della natura e del capitale (fornimento di beni), onde coll' applicazione d' entrambe avvantaggiare la produzione. Questo si è l'affitto. Il fittajuolo intende ad uno scopo di produzione, il pigionale ad una meta di uso, durante il quale l'oggetto vien sempre più o meno consumando. Pigione ed affitto vengono sovente volte assunte senza distinzione (cod. civ. aus. § 1090) sotto il nome comune tedesco di contratti di locazione, tuttavia differiscono essenzialmente fra loro. Secondo il dir. ter. prussiano pigionale e fittabile hanno un diritto reale sulla cosa, tostochè ne sono al possesso, oppure giusta il codice civile austriaco 1093) quando i relativi contratti trovansi inscritti nei pubblici libri. Nell'affitto offresi necessariamente un pubblico interesse nazionale economico, che non si deve far dipendere dall'arbitrio del contratto. Nei tempi moderni ove si tolsero i prischi germanici rapporti di proprietà fondiaria, riesce necessario che i rapporti d'affitto fattisi sempre più frequenti, vengano assoggettati a certe leggi generali scendenti dall'interesse della produzione, e dal lavoro efficacemente produttivo del fittajuolo (1).

Un contratto specialissimo di affittanza, che ha luogo nell'uso e nella produzione di frutti di un particolar capitale cui si tiene per rappresentabile, cioè di bestiame, si è il contratto germanico di trasformazione del bestiame *bail à cheptel*, che vien nominato contratto di bestiame ferreo (*contractus sociæ, cheptel de fer*), pel quale trascorso il tempo dell'affitto, il fittajuolo del bestiame convien restituisca solo l'ugual numero di capi ossia bestie, secondo lo stesso valore pel quale le ricevette, sendo a suo carico anche ogni maniera di casi fortuiti. Tal contratto riceverà vaste proporzioni nel nuovo libero ordinamento economico, e può tornare utilissimo alla produzione (2).

(1) V. la mia filosofia del diritto p. 512.

(2) Ove avviene che con acconcio ordinamento comunale, i comuni amministrandosi di per sè abbiano appreso qualche cosa, è opportunissimo che dessi organizzino tali istituzioni per prestare bestiame, come in particolar

4. *Il contratto delle spese di stampa*, il quale a motivo de' molti e svariati rapporti quivi intrecciantisi, e che non sono compresi dal diritto di contratto, viene assunto sotto diverse vedute giuridiche, e può in conformità alle circostanze assumere diverse forme di contratto (p. e. la forma di società per un determinato affare, quella dell'acquisto, del mandato), fa mestieri che nel diritto d'obbligazione (di sostanza), al quale appartiene pel suo lato esterno, venga determinato come il contratto con cui l'autore d'una produzione spirituale esposta in una esteriore materia, rimette tal produzione ad uno stampatore, che assume le spese di stampa e si propone un guadagno per la propria fatica, e gliela rimette perchè dessa venga moltiplicata in modo meccanico, in numero determinato d'esemplari, e così sia venduta, onde con ciò attingere ad uno scopo spirituale ed uno di sostanza. La tesi cotanto combattuta dalla legittimità della ristampa, senza toccar per nulla la controversia intorno la proprietà d'opere spirituali (incarnate in una materia esteriore), convien sia decisa e secondo lo scopo dell'affare (di sostanza) economico protetto dallo stato, e secondo lo scopo dell'uso d'esemplare. Nel primo riguardo tiensi quasi generalmente in teoria come *delitto* la non permessa ristampa; ma con questa generale denominazione di delitto non si esprime per nulla il principio e l'essenza di tale illecita opera, avvegnacchè la ristampa non permessa concerne soprattutto il cambiamento di scopo dell'esemplare. Siccome però secondo le consuete errennee vedute, nella proprietà si fa astrazione dallo scopo, così suolsi acconsentire al proprietario e quindi anco al possessore di un esemplare il diritto di disporne a suo talento. Ma nella nozione reale e nel diritto dell'esemplare, non riscontrasi certamente il diritto della moltiplicazione, ma soltanto quello dell'uso, in quanto quest'uso è possibile al possessore (come in simil se non in ugual modo, nessuno ha facoltà di moltiplicare le carte o viglietti d'ingresso). E però quand' anco lo stampatore abbia acquistata la proprietà dell'opera spirituale, non può per nulla distruggerla, o tralasciarne la stampa, sendo egli astretto ad operare secondo lo scopo reale determinato. Generalmente in questi rapporti che versano nella sfera spirituale, la nozione di scopo applicasi assai chiaramente (per conseguenza anco le lezioni dettate per istruzione, non devono essere pubblicate se non sono destinate pel pubblico).

5. I contratti *casuali* oppure affari d'azzardo ne' quali il guadagno e la perdita si fanno dipendere da un avvenimento incerto e casuale, convien vadan distinti in due specie precipue essenzialmente diverse negli scopi, vale a dire in contratti *d'assicurazione* o di *sventura* come trattasi di pericolo o d'un danno accidentale, ed in contratti di *fortuna* pei quali

modo avvenne nel Württemberg. In tali luoghi le condizioni d'affitto riescono sempre più favorevoli che presso le società di speculazione.

il pericolo che per certo non sussiste in sè, vien posto solo dal contratto. I primi offrono uno scopo morale economico avvegnacchè intendano a suddividere fra parecchie persone un danno veniente da infortunio. Gli altri sono di consueto immorali, perchè avvisano a trar profitto dal danno di un altro, eccitano passioni egoiste ed antieconomiche annientando la vera tendenza al lavoro.

a) I contratti di *assicurazione* o di *sventura*, possono secondo l'oggetto riferirsi tanto a *case* immobili, quanto a mobili, che però non deggiono essere assicurate per di più del loro *valore*; e ponno riguardare stati e condizioni *personali*, vita, malattia, mancanza di lavoro, ed offronsi in due diverse forme essenziali, nell'ottima forma della reciproca assicurazione sociale, ove gli assicuratori si collegano fra di loro come avviene nelle casse contro il fuoco, la morte, la vedovanza ecc.; oppure manifestansi nella apparenza di affare commerciale nella vera forma della polizza (polizza da *pollicitatio*), cioè d'un documento per cui chi lo ebbe a rilasciare (sia desso una persona fisica od una società) assume un determinato pericolo, e porge ricevuta d'un vantaggio stabilito come corrispettivo a tal cosa.

b) Contratti di fortuna sono particolarmente le scommesse ed i contratti di giuoco, e qui pure convien distinguere i giuochi permessi dai proibiti, avvegnacchè in quelli lo scopo predomantesia il divertimento, in questi invece il guadagno; tuttavia anche quando trattasi di giuochi permessi non si accorda di solito azione alcuna pel pagamento. Veri giuochi di sorte sono le lotterie che tuttavia sovente godono privilegio. Le scommesse ed i giuochi sono in generale trattati ugualmente.

Una specie particolare di contratti di sorte vien formata dagli acquisti di sorte nelle speculazioni commerciali (1), quando per oggetti che hanno un corso oscillante, p. e. grani, zucchero, ed anche carte di valore, vien conchiuso un contratto di prestazione, ad un tempo determinate e per un prezzo subito stabilito. Codesto affare preso in sè non è da aversi per vietato, tuttavia è dato abusarne sovente per mero giuoco. Un puro giuoco di sorte gli è indubbiamente il negozio di differenza, ove avvien che non s'intenda ad un'effettiva prestazione, ma solo s'abbia di mira la differenza di prezzo che correrà in un determinato giorno, calcolato il prezzo di tal giorno in relazione a quello del dì del contratto. E questo costituisce una pura scommessa.

6. I contratti *accessorii* stretti per la sicurezza d'un debito già sussistente, sono il contratto di pegno, d'ipoteca e di fideiussione. I rapporti principali ai quali si riferiscono questi contratti vennero già esposti.

(1) V. intorno a ciò *Walter* dir. ted. priv. § 260-263.

b) *I contratti formali* (1).

I contratti formali, in contrapposizione ai materiali, sono quelli nei quali il rapporto obbligatorio è sciolto dal fondamento giuridico materiale (causa § 13. n. 17), non per propria natura (il che generalmente non può essere) ma nella intenzione delle parti, onde sussistere per sè astrattamente, come fondamento giuridico formale, dal quale immediatamente si deducono diritti ed obblighi. Questi contratti *ideali*, ossia *formali* (secondo l'intenzione delle parti) cui è dato pensare sussistenti nel puro accordo dichiarato, possono dalla volontà delle parti o dalla legge essere collegati ad una forma *esterna* e certamente in *iscritto* (2), onde i contratti formali in iscritto (letterali) del nuovo diritto (3).

I contratti formali partonsi in due specie, secondo debbono sortire effetto esclusivamente per le parti fra le quali furono in origine conchiusi o che debbono ugualmente secondo la primitiva intenzione servire ad un ulteriore scopo di traffico.

Gli è ancora controverso, quali contratti debbansi attribuire alla prima specie, cioè ai contratti formali (individuali). Secondo il dir. rom. annoveravansi in essa la fideiussione e l'espromissione; recentemente vi si aggiunse (Bähr) il contratto di ricognizione (del debito), lo sconto, ed in genere la novazione. Ma si fu gesto un erroneo consiglio, perocchè in in tali casi fa d'uopo rimanga sussistente la relazione col principio giu-

(1) Codesta teoria nella quale i principii e le conseguenze di maggior momento non vennero per anco stabilite, e le opinioni sono ancora svariatamente oscillanti, fu primieramente introdotta da *Liebs*: la stipulazione e la semplice promessa, 1840; quindi *Gneiss*: i contratti formali ecc. 1848. Lo sforzo più importante per determinare i concetti a ciò attinenti, venne fatto negli ultimi tempi da *Bähr* nel suo maschio scritto; Il riconoscimento come principio d'obbligo, 1855 (v. intorno a ciò *Arndts* nella sua rivista critica, v. IV, p. 1, e seg.), il quale però rifiuta giustamente la maniera di concepire parecchi rapporti giuridici, siccome contratti formali. L'ultimo scritto di *Unger*: la natura giuridica nelle carte al possessore, 1857, contiene intorno all'argomento parecchie buone osservazioni; ma si volge un po' troppo tenendosi al diritto rom., fra quistioni giuridiche formali, senza toccare molto da presso i veri rapporti di traffico.

(2) I contratti ideali formali, vengono da *Unger* sull'esempio di *Bähr* denominati negativi formali (per l'astrazione della causa); gli altri, positivi formali, perchè congiunti dalla legge positiva ad una forma. Ma io non trovo per nulla acconcia siffatta denominazione, avvegnacchè i concetti di negativo e positivo vengono presi in un senso insueto, e perchè non havvi quell'antitesi che sembrano esprimere.

(3) Da questi contratti formali in iscritto deggionsi distinguere i contratti materiali formali, in cui la redazione scritta la è soltanto una condizione alla validità dell'azione.

ridico. In generale vi ha presso che verun motivo di separare pei rapporti individuali, il contratto dalla sua causa che trovasi sussistente, e però tale separazione non avrebbe ad essere favoreggiata nè dalla legislazione nè dalla pratica.

Altrimenti avviene della seconda specie, cioè dei contratti formali di traffico in iscritto. A questa si ponno subordinare tutte le *carte all'ordine* od il *possessore* (1), che rendono possibile non solo una cessione, ma anche una delegazione, e che per esse il documento non è soltanto mezzo di prova, ma altresì lo stesso fondamento giuridico *formale*. Fra queste contrattazioni la più importante si è la cambiale, e parecchi autori l'hanno voluta considerare soltanto siccome una maniera di *carta monetata commerciale*, ma che però conviene che dal suo lato *giuridico* la si assuma come contratto, quantunque anco secondo il suo scopo la sia dessa un mezzo opportunissimo al traffico del denaro, ed eserciti una funzione affine a quella della carta monetata. Colla distinzione dello scopo di traffico economico popolare e della forma giuridica, si adeguano però le due principali nozioni sulla natura della cambiale.

La cambiale si è un documento steso in forma legale, con cui il traente si obbliga, sotto il rigore delle sanzioni cambiarie, a pagare egli medesimo (cambiale *propria* o *secca*), oppur di far eseguire per mezzo di un terzo (cambiale straniera (2)) il pagamento di una determinata somma di danaro al tempo della scadenza di esso documento, a quegli che di questo documento sia possessore cambiario abilitato.

Perciò appare nella cambiale la promessa di pagamento staccata dalla causa (secondo Thöl come mera promessa di somma), ed a buon diritto, dall'ordinamento cambiario germanico non si richiede manco la menzione della valuta avuta. Tuttavia qui pure la separazione dalla causa non è completa, avvegnachè in parecchi rapporti possa venire in discorso la causa fra il traente ed il rimettente della cambiale.

La cambiale in cui spiegesi nel modo il più limpido la concatenazione del traffico di danaro, può essere altresì concepita siccome una *catena di contratto* (3), nella quale ogni membro intromesso viene guarentito

(1) Così ben rettamente *Unger* luo. cit. p. 85, pose tali carte sotto questa specie di contratti formali. Tuttavia lo avviso sia necessaria la limitazione delle pretese di debito, avvegnachè ora vi abbiano anco azioni al possessore che non sono per nulla da costruirsi giuridicamente — desse furono abolite per l'inglese *joint stock companies act* del luglio 1856. — L'una vera esigenza dei tempi nostri sarebbe però soddisfatta mercè un giuridico trattamento che s'appoggiasse sovra profondo esame di rapporti economici nazionali. V. la mia filosofia del diritto, p. 304.

(2) Questa definizione che io considero per la più esatta, vien porta da *Blaschke*, diritto com. aust., 1850.

(3) Avviene di questa concatenamento di traffico sociale, lo stesso che del

da tutti i membri che lo precedono, intromessione che ha luogo mercè l'indossamento il quale include una promessa di pagamento.

§ 43. B) *Le obbligazioni d'affari unilaterali e senza contratto*, risultanti da azioni giuridiche unilaterali, sono soprattutto le obbligazioni nascenti dalla amministrazione di tutela, dalla adizione di eredità, da una gestione d'affari senza incarico, ove il principio vincolante il signore dell'affare non riscontri nè nella sua volontà (effettiva o presunta), nè nel di lui arricchimento (che spesso non ha luogo), ma bensì nella buona intenzione del gerente l'affare, abilitato anche per altri dai rapporti sociali umani della previdenza e della intromessione. Molte di queste obbligazioni d'affari, non vengono però trattate nel diritto d'obbligazioni, ma nelle materie alle quali desse appartengono, come nella tutela, nel diritto d'eredità, e così via.

§ 46. II. *Le obbligazioni di delitto*, tanto le dolose quanto le colpevoli, intendono nelle nuove legislazioni a distruggere gli effetti del danno in relazione al danneggiato, giacchè le punizioni private romane vennero sostituite da pubbliche pene. Tal meta può essere attinta anco nel processo criminale per mezzo dell'*adesione*. Parecchi complici guarentiscono *in solidum*. Le cause delle obbligazioni di delitto, trovansi e nell'offesa all'onore, e nelle lesioni di sostanza, o in danno corporale, o nel turbamento di possesso, ove il diritto canonico ha introdotto come rimedio generale, l'*azione di spogliazione*.

§ 47. III. *Le obbligazioni di stato* sono fondate dai rapporti di famiglia, di comunione ereditaria, dai rapporti di vicinato, dai diritti reali dell'utilizzare, da rapporti di possesso (edizione di documenti), e dall'ingiusto arricchimento dell'uno, a spese dell'altro.

TERZA SUDDIVISIONE (1).

§ 48. *Il diritto generale di società.*

I. *Disposizione nel sistema del diritto*. Il diritto di società non è per fermo una mera parte del diritto generale d'obbligazioni di sostanza, ove l'adempimento dell'obbligazione gli è ad un tempo l'estinzione di questa,

collegamento de' pensieri. Nella stessa guisa che non vi hanno soltanto semplici conclusioni, ma ben anco una catena di conclusioni (sortite), così non si danno solo semplici contratti, ma anche una catena di essi.

(1) Tale suddivisione non è però presentata dal sistema, poichè il diritto di società in quanto appartiene al diritto privato generale, sarebbe di certo a trattarsi come una divisione del diritto della *persona giuridica*, ed il diritto delle società speciali appartiene indubbiamente al diritto privato particolare. Però questa suddivisione è stata fatta per dividere il diritto di società, preso in contrapposizione al consueto concepimento, dal diritto di obbligazioni e di contratto.

nè in ispezialità una pura parte costituente il diritto di contratto od una sua specie. Di certo il diritto di società viene quasi generalmente annoverato fra i contratti, e ciò sull'esempio del diritto romano, il quale qui pure ebbe di mira la determinata personalità individuale, ed il di lei volere. Ma codesta veduta non è meno erronea di quella per cui si avessero a tenere per meri rapporti di contratto, tutti i rapporti sociali che nascono dal contratto, o per la quale si avvisasse *pareggiare* la causa della formazione, all'essenza del rapporto. Ed in tal caso sarebbe pur forza trattare come contratto anco il matrimonio; ed in vero i romaneschi hanno di già tolta la tutela alla sua posizione naturale nel diritto di famiglia, e collocata fra le obbligazioni di affari. Ma il concetto di società conduce oltre il diritto d'obbligazione (nel vero stretto senso v. § 34) regolatore del passeggero rapporto di possesso; giacchè mentre ogni rapporto obbligatorio è di natura transitoria, e che lo scopo è diverso per ambo le parti, e che l'adempimento conduce lo scioglimento, invece *la società è appunto l'unione di più persone accolte all'intento di raggiungere uno scopo comune per mezzo di prestazioni sociali*. Giusta questa retta nozione generale, la società può anco sussistere in duplice guisa; 1. mercè contratto che si è la più comune causa di formazione; ed anco 2. senza contratto fra i singoli membri, per mezzo d'altre circostanze e rapporti della vita, p. e. nel passato sussisteva svariatamente per un operaio il bisogno di far parte d'una corporazione, come pure i figli sono membri della società di famiglia, e gli individui nati da suditi di uno stato appartengono alla determinata società dello stato qualunque in quest'ultimo caso si ammetta, secondo l'erronea teorica dei contratti, un tacito accordo. L'essenza di una società non vien per nulla determinata dalle forme di origine, ma invece dalla nozione, essenza e scopo di essa.

II. L'essenza giuridica od il carattere della società manifestasi nei seguenti punti importanti:

1. Per lo scopo più o meno *costante e comune*, la società nonchè il suo diritto vengono condotti oltre i rapporti individuali e privati giuridici, e guidati nella sfera della vita pubblica e del diritto, e in essa sfera collocati come membri sicchè lo scopo di essa società appare nello stesso tempo qual parte costituente il sistema di scopi e bisogni pubblici, e come membro del pubblico ordinamento di società, ordinamento che in ogni peculiare società subisce un intimo completamento ed un'organica conformazione.

2. Quinci viene che anco l'ordine pubblico ed il bene pubblico (interesse) sia impegnato in modo sublime e vasto, nel nascimento, costituzione, amministrazione e scioglimento di società, e che vi deve esercitare somma influenza, come avviene nei passeggeri rapporti di traffico. Ogni società

presenta altresì un importante lato *giuridico pubblico* (§ 23) che acquista forza e validità in diversa guisa, secondo la diversità dei rapporti sociali, l'abilitazione e l'obbligo. Impertanto una società anche nei riguardi di sua operosità ed amministrazione, non la si deve pareggiare ad una persona individuale privata, per quanto spetta alla libera determinazione di questa; avvegnachè ciò che all'individuo privato si permette o non si vieta per rispetto al principio della libertà individuale, e per essere sommamente difficile l'invigilare ogni lieve operato e collocarlo fra le cose immorali o morali, sovente volte non è a concedersi ad una società, la di cui amministrazione trovasi in generale sopposta ad un contratto sociale, e che può essere guardata eziandio da una autorità dello stato.

3. Quallsivoglia società è regolata dai proprii statuti ed amministrazione. L'antica massima: « *pactionem quam sibi velint ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant* » conserva l'automia e l'interesse pubblico. Non è però a negligerarsi il fatto che nell'attual maniera di costituzione, la società non si basa per nulla sopra un vero contratto di tutti i membri, ma viene formata dai così detti fondatori ai quali si associano altri (come p. e. nell'emissione d'azioni). Ma lo stato ha sommo interesse a distruggere nella società il carattere di *oligarchia*. Finchè in tali ragunanze non si fa luogo ad una essenziale limitazione, tutte le altre determinazioni e norme tornano insufficienti ed unica guarentigia ivi resta l'influenza del governo che divieti ogni direzione malaugurata, usando del suo diritto di sanzionare o no tutte le più importanti conclusioni ed intendimenti della società. Del resto al governo spetta conservare nella costituzione ed amministrazione della società, e *res* e *lex publica*.

4. Ma anche fra la società e le persone da essa impiegate, cooperanti al di lei scopo, nasce un più intimo e stabile rapporto, che non si trovi sussistere secondo il puro contratto romano di locazione d'opera. Tal rapporto converrà trattarsi secondo l'umanità del genio giuridico germanico. Siccome tali persone sussidiatrici sono vincolate da speciale fedeltà, a curare gli interessi sociali, così colto ingrandire della società anco i loro obblighi morali giuridici si estendono. Quallsivoglia società giuridica di sostanza avente qualche possanza, dovrebbe per diritto fondare per lo meno una cassa di pensione, e possibilmente provvedere od instituir casse per vedove, orfani, per caso di malattie e di morti.

5. Avrebbe a trascurare la teorica della romana *societas*, ove o dell'origine e dello scioglimento, erano arbitri i contraenti, e decideva la loro individualità subiettiva, senza che venissero presi in considerazione i rapporti obbiettivi. All'incontro dovrebbe attuarsi l'idea giuridica germanica della *consorteria* o corporazione, quand'anco sulle prime si rimanesse lungi dalla perfezione. Quinci il giuridico organizzamento morale, può anco ai giorni nostri per la sola conveniente forma della libera

associazione, venire applicato di conformità, non altrimenti che si faccia presso corporazioni e maestranze.

6. Sarebbe mestieri che tutte le società formate per uno scopo duraturo, si atteggiassero come membri della consorzeria dello *stato*, e che organate in sè stesse secondo le gradazioni locali (comune, distretto, circolo, provincia), e giusta i rami principali de' lavori ed occupazioni, formassero determinate autorità, siccome consigli, camera, tribunale, onde conservare la dignità ed i dritti dello stato, guidare i suoi interessi, ed invigilare all'amministrazione giuridica morale di tutte le speciali consorzierie o corporazioni. La controlleria ed il giudizio più elevato deggiono però appartenere esclusivamente allo stato.

III. La divisione delle società coincide bensì in generale col partimento delle persone morali o giuridiche (§ 23), però che qualsivoglia società sia una determinata comunità di persone inlese ad uno scopo; tuttavia non ogni persona giuridica è una società. La completa ed esatta divisione delle società, è la seguente: 1. Osservata la società dal punto delle gradazioni e delle cerchie dell'a persona, dessa come abbracciante la personalità umana in tutti gli scopi essenziali, mostrasi società di *personalità*. A questa appartengono il matrimonio e la famiglia, il comune, la società del popolo, le società di popoli e l'umanità. Nel diritto privato trattasi di consueto soltanto il matrimonio e la famiglia, ma anco il comune ha il suo diritto privato, come pure la società del popolo nello stato considerato qual fisco, e la stessa società di popoli (diritto internazionale privato v. lib IV. II.). Sendo nelle tre ultime società predominante il lato pubblico, ivi il diritto privato collegasi al diritto pubblico. 2. Il secondo principio di partimento si è la differenza dei *principali scopi della vita*, onde si costituiscon le società di scopo, delle quali ognuna intende in modo principale soltanto ad *uno* scopo, comunque si ritrovi in necessario rapporto organico con tutte le altre mete essenziali. E ciascuna di queste società offre pure un lato *giuridico pubblico*, ed uno privato. A tal classe appartengono le società formate a) per scopi *religiosi*, ed in ispecie le perpetue comunioni religiose, e le *chiese*; b) per intendimento di *diritto*: le società del diritto o lo *stato* il quale può acconsentire quantunque anche per un breve tempo, si formino società volte a puri scopi giuridici, o a diverse maniere d'interessi giuridici o pubblici; c) per scopi *umani e morali*; d) per fini d'*arte*, di *scienza* e di *istruzione*; e) per *economici* intendimenti (agricoltura, mestieri, commercio, consumazione). Queste ultime società, tranne la chiesa e lo stato, avrebbero ad essere tutte coordinate ai precipui *stati di vocazione* organati a mo' di consorzierie. — Le singole società si ponno, non altrimenti de' rapporti giuridici in generale, partire anco in società in cui predomina l'*etica*, e in *giuridiche di sostanza*. Qui noi osserveremo ancora in generale le ultime.

IV. Delle *società economiche* o di *sostanza*, in particolare. Le società economiche non occorrono soltanto nella sfera del commercio, ove d'ordinario vengono poste dal diritto commerciale, ma si presentano anche nel campo della produzione primitiva (secondo i tre regni naturali), dell'industria tecnica ed anche per il consumo (p. e. le leghe di consumo che nei tempi nostri vennero in tanta importanza). Tutte le società di sostanza (comunque avvenga che una sostanza sia lo scopo economico, oppure il mezzo ad un fine superiore) dividonsi essenzialmente in tre specie secondo la solidarietà dei membri loro. Desse sono: la società *collettiva* ove ogni socio risponde con tutti i propri averi (anche se egli abbia posto in società soltanto una parte del proprio patrimonio). Del resto vi ha una *firma*, mercé la quale la società vien rappresentata nella sua unità, si agevola l'amministrazione, e per quanto è possibile si offre sicurezza alle terze persone che si stringono in stipulazioni colle società. 2. La seconda specie si è la società in *accomandita*; nella quale sono esclusivamente i gerenti di essa che trovansi impegnati con tutta la loro sostanza, mentre gli altri interessati non rispondono se non se col capitale messo nella società. 3. La terza maniera la è quella della società per *azioni*, nella quale ogni membro non è tenuto per gli impegni assunti che in proporzione delle quote (azioni) conferite nel capitale sociale.

La società per azioni (anonima) che per la grande estensione della natura delle macchine, nonché di tutti i rapporti di traffico, è divenuta una forma di società necessaria e ad un tempo la forza più potente che si abbia al conseguimento dei grandi risultati economici nazionali, include nella forma che le è inerente, la possibilità di sommi vantaggi di diritti privati. Cessando la guarentigia che veniva dal patrimonio, almeno di quello dei direttori, si perdeva una vasta fonte di sicurezza morale giuridica per una accorta amministrazione. Sendosi fatto luogo ad azioni al possessore, (ove l'analogia di certificati di debito al possessore, venne applicata al rovescio) in perfetta opposizione al concetto di una società, si diede adito a sommi inconvenienti (1).

(1) Con questo ed offresi specialmente un sostegno al giuoco di borsa, e rendesi impossibile la controlleria e la legittimazione dell'operato che dovrebbe aver luogo innanzi alla ragunanza generale, mentre rapidissimamente ponnosì creare delle centinaia di soci, onde attribuire la volazione a delle macchine votanti. La soppressione delle azioni (non dei certificati di debito) al possessore, gli è il mezzo indicato dal diritto, dalla morale e dal vero interesse economico nazionale, con cui il vero commercio, quantunque per altro già legato a forme, non viene travagliato. Invece si impedirebbe solo l'avidità del guadagno di giuoco (ed in vero il compratore il quale vuole interessarsi seriamente in una società per mezzo d'azioni, si sottomette di buon grado a certe formalità, p. e. all'iscrizione delle azioni nel libro della società). V. anche la mia filosofia del diritto p. 284, mentre già nella prima edizione (1839) ho richiamata l'attenzione su tali vizii.

V. Il *diritto* di società gli è quel tutto che condiziona le norme della società, ed il rapporto di ogni parte, nella origine, sussistenza, efficacia e scioglimento di essa società e rapporto. Questo diritto gli è parimenti un diritto *interno* regolante i rapporti interni della società, i diritti ed i doveri dei membri, l'operare dell'amministrazione ed i rapporti di essa col complesso dei soci, ecc. Ed è poi esterno *diritto*, ossia regolatore dei rapporti della società esternamente, in parte in relazione alla potenza dello stato, in parte al pubblico. Il diritto di società non ha solo un momento privato giuridico, ma anche uno *pubblico*. Il primo abbraccia tutto quanto può essere regolato dalla propria determinazione della società (autonomia) tanto all'interno che all'esterno; il secondo si riferisce al diritto dello stato, ed agli interessi generali pubblici cui deve esso serbare, però che corra obbligo ad esso stato di custodire tanto i vicendevoli rapporti passanti fra lui e le società come anco fra queste ed il pubblico, ed altresì di invigilare all'interesse comune di tutti i membri, interesse determinato dallo scopo di società. Per conseguenza fa mestieri che lo stato stabilisca in una *legge* generale sulle società, le condizioni fondamentali che regolano degnamente i rapporti, e che in modo amministrativo esamini nella formazione d'ogni società, quali condizioni si abbiano da ammettere allo intento dell'utilità generale secondo gli speciali rapporti (p. c. come trattasi di strade ferrate, la linea della via ferrata, la tariffa, le norme di sicurezza, le condizioni per viste strategiche). Nelle grandi società di sostanza specialmente nelle società per azioni, lo stato deve propugnare le conseguenze essenziali dedotte dall'importante principio, che egli approva tali società esclusivamente per veri scopi economici, cioè per le diverse maniere del lavoro (produzione primitiva, industria e commercio). Dal che ne segue che di massima sieno a vietarsi alle società tutti que' negozi che od apertamente, od in modo celato racchiudono in sé un giuoco, avvegnachè le società non abbiano per nulla a pareggiarsi agli individui, mentre a questi a motivo della difficoltà di controlleria, non si vietan cose che devono espressamente proibire alle società (1).

Ora passiamo al *diritto privato speciale* ed al diritto delle particolari sfere della vita, che in uno sviluppo completo, si avrebbe nuovamente a partire; 1. nel diritto della *fondamentale personalità* degli individui, del matrimonio e della famiglia (comune, società nazionale, società di popoli); ed 2. in diritto delle unioni operose (società di scopo) ossia *stati*. Tal partimento è legittimato dalla riflessione che tutti i rapporti giuridici

(1) Una delle più ributtanti esorbitanze delle borse attuali, si è certamente quella di vedere delle società che traggono gran parte di loro guadagno, da speculazioni di rialzo e ribasso, il che avvien facilmente per la molta oscillazione degli effetti, originata dalle compere e vendite. V. l'articolo per vero moderatissimo, ma profondamente indagatore della cosa, intorno al credito mobile francese, nella *revue des deux mondes* 1859, p. 650.

esposti nel diritto privato generale, trovano una determinata speciale applicazione in ogni membro d' entrambi queste sfere della vita, giusta quanto di caratteristico esso membro racchiude in sè. Qui però secondo i pòsti confini, ne fa mestieri limitarci al diritto di matrimonio e di famiglia.

SECONDA PARTIZIONE.

IL DIRITTO PRIVATO SPECIALE, OPPURE IL DIRITTO DELLE SFERE SPECIALI DELLA VITA E STATI.

CAPITOLO I.

IL DIRITTO PRIVATO DELLE SFERE DI PERSONALITA' (1).

§ 49. *Il diritto di matrimonio e di famiglia.*

Il diritto di famiglia abbraccia quattro essenziali rapporti, il coniugale, quello di padre e figlio, l'altro della tutela che serve al completamento della cura paterna, ed i rapporti economici oppure di cose reali, ai quali si collega il diritto di eredità.

1. *Il matrimonio ed il diritto di matrimonio* (2). Il matrimonio già è un'unione (3) di due persone di diverso sesso, liberamente conchiusa allo scopo della più intima ed esclusiva comunione della vita, e degli speciali rapporti sociali che ne derivano. Siffatta unione distinguesi dalle altre colleganze sociali, per ciò che dessa non sussiste all'intento di locare uno scopo particolare, oppure parecchi singoli fini, ma che invece per la sua intimità abbraccia tutti gli scopi che ritrovansi in tutta la persona umana. Tale istituzione che per sé stessa è una disposizione di Dio nella natura e quindi per di lei lato appartiene anco all'ordinamento naturale, era stata già fin da remoti tempi collocata in rapporto religioso fra i popoli più nobili, i quali mercè la monogamia ne sanzionarono la

(1) Krause nella filosofia del diritto ripone il diritto dell'uomo individuale come infimo membro, nelle sfere speciali della vita, e con ciò avrebbe ad incominciare sistematicamente e con tutta esattezza anche il diritto privato speciale, perchè l'individuo riscontrasi in tutti gli sviluppati rapporti, nel diritto privato generale. Però in questa esposizione enciclopedica ebbesi già a svolgere quanto faceva d'uopo, nel diritto generale delle persone.

(2) V. la mia filosofia del diritto p. 371-380, e Röder, tratti fondamentali del diritto naturale, p. 351-394.

(3) Il diritto romano affermò tutta la grandezza e sublimità del matrimonio ove disse, l. 1, D. 23, 2. *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio.* § 1, l. 1, t. 9. *Matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuae vitae consuetudinem continens.*

dignità morale; ma però soltanto dal cristianesimo venne concepita in tutta la sua religiosa importanza.

E siccome nell' essenza etica del matrimonio trovansi accolti tutti i lati, i rapporti e gli scopi della vita umana, così anco nella conformazione esterna convien si faccia conto di tutti i lati essenziali, dovendosi pure ad ogni lato attribuire il proprio diritto in armonia alle condizioni essenziali che desso può presentare. Da codesta svariatazza risultano grandi difficoltà nel pratico trattamento del matrimonio, difficoltà che deggionsi togliere non secondo un limitato ed esclusivo punto di vista, ma per l' interposizione interna delle diverse pretese. I principali punti di veduta sono i seguenti.

A) Innanzi tutto convien si concepisca completamente l'essenza *etica* del matrimonio, la quale è norma ad ogni diritto; perchè il diritto di matrimonio cui spetta stabilire le condizioni della stipulazione, durata e separazione o scioglimento de' rapporti coniugali, deve ovunque aver per basi i rapporti naturali, morali e religiosi che trovansi in contatto di esso. Qualsivoglia legislatore nelle relative sanzioni positive deve essere persuaso che non l' arbitrio od il volere della maggioranza, ma bensì la natura dei rapporti si è quella che fa mestieri rispettare come decisiva, e che quantunque errore sia invalso sul carattere di tale istituzione, devesi togliere al più presto. Anche qui la natura de' rapporti la è sempre più possente delle umane istituzioni. Ed è pur troppo vero potersi queste sostenere per molto tempo anche in opposizione a quella, ma da ciò ne verrà alla fin fine l' interno scioglimento de' rapporti.

B) Il lato giuridico nel rapporto matrimoniale dev' essere determinato tanto in conformità alle diverse specie dei *rapporti* appartenenti ad essa istituzione, quanto secondo la *relazione* della persona con sè e per sè stessa, e coll' ordine pubblico.

1. Secondo le *specie* dei rapporti essenziali, le condizioni sono a) fisiche, come è a dirsi dell'età, salute, e potenza fisica (di esso) b); fisiche morali, come consanguineità; c) morali, cioè il libero acconsentire, la fedeltà; d) religiose, che riscontransi nella santità del rapporto, propriamente nell'intima coscienza religiosa e fede, quindi anco rivelantisi per mezzo di forme religiose.

2. Secondo la relazione della personalità, conviene innanzi tutto formarsi un concetto ben chiaro del lato *privato giuridico*, e *pubblico giuridico* del rapporto coniugale.

a) Il lato privato giuridico che riguarda la sfera della determinazione di sè stesso, e della vita sociale de' coniugi che vi si appoggia, ha la sua radice nella personalità morale la quale costituisce il fondamento di tutto il rapporto, e che deve esser rispettata in ogni ordinamento legale. Il matrimonio intende a completare la persona nella vita, e la personalità si è il vincolo della relazione il quale riunisce, sostiene, fortifica

od indebolisce. Ma il concetto intimo della persona, si è la libertà ragionevole morale, la quale ha da essere rispettata in tutti i rapporti anco per mezzo della determinazione di sè stesso. Il lato privato giuridico occorre nella libera propria determinazione al consenso del matrimonio, per stabilir la sussistenza di esso matrimonio nell' indipendente ordinamento delle condizioni de' rapporti personali e giuridici di sostanza, ordinamento non ledente l' essenza morale della istituzione. Ed occorre altresì nel libero giudicare se le condizioni essenziali (p. e. la fedeltà coniugale) sieno violate, ed in generale se debba promuoversi azione per l' indipendente educarsi dei figli, in particolar guisa nelle sfere che appartengono più da presso alla persuasione morale; in somma il lato giuridico si manifesta in quella vita indipendente interna alla quale non può frammischiarisi qualsivoglia autorità con offesa de' diritti di personalità.

b) Il lato *pubblico giuridico* viene sopprattutto rappresentato dallo stato e dalla chiesa che è pure una comunione pubblica giuridica (v. lib. IV). Allo stato spetta più che ad altri di serbare inviolata la generale umana etica essenza del matrimonio, la quale sussisteva pure presso i Greci, Romani e Germani innanzi che fosse sorta la chiesa cristiana, essenza che continua a formar la base anco in tutte le confessioni cristiane. Esso stato deve pur preservare tale essenza da forme impacciati ed opprimenti; egli deve formulare le condizioni naturali in armonia all' età, alla natura del clima del paese; porre gli estremi confini di limitazione nelle relazioni naturali e morali e nella parentela, ed aver cura della pubblicità della conclusione, per mezzo di pubblicazioni fatte dalla chiesa, od in altra guisa eseguite. Deve anco lo stato regolare nel matrimonio i diversi rapporti fra le varie confessioni, secondo que' modi che rendono possibile la simultanea sussistenza di esse, in guisa che ogni confessione si ritrovi abilitata, libera e in tranquilla relazione colle altre. — Ma alle comunioni di chiesa è concesso stabilire le condizioni per tutti i rapporti matrimoniali, secondo le dottrine loro, e molte di tali condizioni coincideranno sempre con quelle poste dallo stato, altre invece saranno limitatrici, oppure — in pochi casi — estensive. Del resto non può alcuna comunione ecclesiastica apporre *di per sè* a tali condizioni, conseguenze giuridiche *esterne* le quali escano dalla cerchia della comunità di religione, e che non vengono accettate *liberamente* dalla fede e sentimento religioso. Gli è solo lo stato il quale siccome ordinamento giuridico generale, ha possanza per mezzo di conseguenze e mezzi *esterni*, ed in parte anche coercitivi, di mantenere le condizioni che scendono dalla essenza generale del matrimonio.

Per questa relazione che il matrimonio ha collo stato e colla chiesa, fa pur sempre vacillante nella scienza e nella pratica il rapporto fra questi due ordini della vita, e a tutti è noto quali contese indi s'ac-

desse no' tempi passati, e ne' nostri ancor sieno agitate. A comporre tal controversia occorrono due sistemi, de' quali ognuno ha le proprie difficoltà e vantaggi, e può a tenore delle circostanze e dei complessivi rapporti della vita dello stato, tornare esclusivamente opportuno. Il *primo* sistema cui per massima fondamentale convien preferire, qualora però venga svolto con vera considerazione di tutti i rapporti essenziali, si è il rapporto *mediatore*. Per questo lo stato si intramette a conciliare le proprie esigenze giuridiche colle pretese di confessione d'una chiesa, e a tale conciliazione muove e come difensore della privata personalità giuridica, nonchè della libera moralità di questa, e qual conservatore della civiltà storicamente acquistata, come pure della moralità sociale, come altresì a motivo d' altri riguardi pubblici. Tale bisogna viene poi effettuata per mezzo di concordato, o di propria libera determinazione, in guisa tale che esso stato eleva a leggi di stato le essenziali pretese ecclesiastiche, da lui riconosciute giuste. Nel regolamento di questa importante e difficile questione interessante l' ultimo rapporto della vita, si deve tener calcolo della opinione pubblica istruita, come altresì della morale, al che gli stati offrono una importante formale guarentigia colle forme rappresentative. Un *secondo* sistema che s' appoggia sul principio dell' astratta separazione dello stato dalla chiesa — almeno in quest'argomento —, recò la istituzione del *matrimonio civile*, istituzione che venne completamente applicata nel Belgio, nell' America del nord, e sotto certe limitazioni in Francia (nella quale serbossi anco dalle leggi civili l' indissolubilità del matrimonio fra i cattolici, il che non fu stabilito nel Belgio), e che trovasi in armonia colle vedute politiche di questi paesi, apportando anco nella sua semplicità grandi vantaggi. Rinnovellandosi antiche e nuove difficoltà, tale sistema a tempi nostri lo si tenne per la più semplice soluzione che tuttavia non sembra offrire in sè stessa rimedi sufficienti. In generale nell' ordinare tutto il rapporto dal suo nascere fino alla separazione, sarà cosa opportunissima l' attenersi possibilmente ad una via media, avvegnachè ed il trattamento troppo rilasciato, come eziandio il soverchiamente severo, conducono con somma facilità a rendere immorale lo stesso rapporto, e ad altre relazioni vituperevoli.

Ma ebbesi pressochè esclusivamente ad occupare delle condizioni del consenso, e della separazione o scioglimento del matrimonio, curando ben poco la vita nel matrimonio; e per la protezione che spetta a tal vita, sono per la maggior parte di troppo remote le determinazioni generali del diritto civile ed i giudizi. Per opporsi all' ingiustizia e rozzezza, alle quali è per la maggior parte nel matrimonio sacrificato il sesso debole, converrebbe si istituisse un consiglio di famiglia (ma in una forma essenzialmente diversa dalla francese), a cui spettasse intrametersi anco nelle azioni le meno importanti.

II. Il rapporto di paternità, il quale ha eziand'io una natura etica, manifesta il suo lato giuridico nei diritti ed obblighi della cura corporale, nell'educazione, nell'autorità, nel rispetto e nell'ubbidienza. Questo lato giuridico è svariatamente regolato nelle leggi, e viene incarnato e propugnato in parte pel diritto del costringimento e del limitato castigo, in parte mercè azione giudiziale a motivo dell'esser leso o sorpassato il diritto. Anco siffatti rapporti avrebbero a trovare la loro più conveniente protezione in un consiglio di famiglia.

III. La *tutela*, che la è essenzialmente una sostituzione della cura paterna, e per rappresentanza del pupillo nei rapporti giuridici, e per l'amministrazione della sostanza sua, appoggia al principio germanico giuridico, dal quale il diritto romano come venne accolto, fu essenzialmente modificato. Caduta sì è la differenza posta dal diritto romano fra la *tutela impuberum*, e la *cura minorum*. La tutela la quale può essere determinata dalla legge, dal testamento, dal giudice, come pure da contratto, offre eziandio duplice lato, il *privato* e *pubblico giuridico*. Quest'ultimo ebbe ad esser svolto particolarmente dalla istituzione germanica della tutela superiore dello stato.

IV. In quanto al *diritto de' beni dei coniugi*, han forza di legge al presente i sistemi già per noi indicati.

§ 50. Il diritto d' eredità.

Di consueto il diritto di eredità si unisce e molto acconciamente al diritto di famiglia, e ciò perchè il diritto ereditario di famiglia si è il più naturale, ed anco perchè nel diritto d' eredità testamentario, sono di grande importanza i riguardi e gli obblighi verso i prossimi congiunti.

I. *Il diritto di eredità in generale*. Il diritto d' eredità in genere regola le condizioni sotto le quali la sostanza d' un defunto viene trasmessa ad altre persone, sia d' essa considerata siccome un tutto (secondo il diritto rom.), oppure nei singoli oggetti che in essa accolgonsi (secondo l' antico diritto ted.), ovvero in ambo le vedute simultaneamente. L' attuale diritto d' eredità, tanto il comune, come quello sancito da' nuovi codici, gli è una miscela di principi giuridici romani e tedeschi, dai quali ultimi, i primi furono più fiate cangiati e completati.

Il fondamento filosofico giuridico del diritto d' eredità (1), nelle sue due forme capitali, della successione ab intestato e testamentaria, le quali furono rigettate dall' antico diritto naturale, lo si riscontra: in quanto alla prima forma, soprattutto nell' intima unione di famiglia, nel convivere, spesso anco nell' acquisto comune, nella inclinazione morale di natura, come altresì nell' obbligo morale giuridico di provvedere onde dopo la

(1) V. la mia filos. del diritto, p. 600; Röder, diritto natu. p. 289.

morte sia serbata una base materiale alla sostanza. In quanto alla seconda forma, ritrovassi il fondamento nel determinarsi liberamente della persona individuale intorno alla propria sostanza, diritto che dessa persona esercita vivendo anche con effetti estendenti oltre la vita sua, e che può alla morte praticare per determinati scopi, con ragionevole deliberazione. In quest' ultimo caso però sarà vincolato il testatore dall' *obbligo* morale-giuridico, cui la legge deve render necessario, che gli corre verso i prossimi parenti, vale a dire dal sistema della *legittima*. Il diritto d' eredità ab intestato o legittimo, che gli era il primitivo sistema presso i Romani ed i Germani, appoggia sopra una base naturale d' assai più profonda che non sia quella del testamentario, e la è una veduta erronea affetta d' individualismo, ed abbracciata dai Romani solo dopo molto tempo, quella per cui si tiene la successione ab intestato (ciò scorgesi dallo stesso *Savigny*, *Siste. I. § 57*) come derivante dalla tacita volontà del defunto, e come testamento presunto. — La successione *per contratto* che sviluppossi nel posteriore diritto tedesco, e che venne in favore all' antico diritto naturale (a motivo della vagheggiata forma di contratto) s' appoggia ad un debolissimo fondamento. Il diritto romano rifiutolla, ed i eodiei. francesi ed austriaci la permisero solo nei contratti di matrimonio, il dir. ter. prus. l'ammise senza restrinzione.

II. *Le specie del diritto d' eredità*. Innanzi tutto fa d' uopo 1. distinguere il diritto civile *generale* d' eredità, dal diritto d' eredità veniente da rapporti e *stati* speciali (p. e. della nobiltà, della classe de' contadini). 2. In rapporto all' eredità, la successione è o successiva *universale* quando comprende tutta l' eredità, oppure una parte di essa (quota); oppure successione *singolare* se dessa non ha luogo che per alcuni particolari oggetti dell' eredità. In base a ciò, anco nel testamento di consueto si distingue l' erede dal legatario (così pure il cod. civ. aus. § 532). Che se considerasi il fondamento giuridico, il diritto d' eredità è, diritto d' eredità ab intestato o legittimo, oppure testamentario o di contratto.

III. Importante si è il *rapporto* nel quale il diritto d' eredità ab intestato ed il testamentario (al quale si collega quello affine di contratto) trovansi l' un dall' altro dipendenti in un diritto positivo. Nel diritto romano il testamento ha la somma importanza e si manifesta pel vero fondamento del diritto d' eredità, mentre secondo il genio germanico il diritto d' eredità ab intestato forma la vera base del sistema, e consideransi gli eredi ab intestato come i veri eredi principali, ed i diritti loro emergono in tutta la forza anche in relazione ad un testamento, quando questo non disponga di tutta la sostanza. A ciò si riferisce la massima romana: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, colla quale ebbesi con esattezza ad esprimere, essere impossibile si faccia luogo alla successione testamentaria e legittima nella stessa eredità; principio che venne abolito dal costume tedesco, anche in parecchi particolari diritti, e nelle

nuove legislazioni, quantunque anco nel dir. terr. prus. e nel cod. civ. aus., il diritto d'eredità testamentario, s'abbia il primo posto.

IV Nella successione legittima o ab intestato, è di sommo interesse l'ordine di successione. Questo pel diritto comune è regolato dalla novella 118, nella quale Giustiniano togliendo l'antica antitesi tra agnati e cognati allo intento di favoreggiare i consaguinei, ebbe ad aver riguardo soltanto alla *proximità* della parentela. Ma le costumanze tedesche modificarono più o meno questa novella. Del resto in genere il diritto romano dirappresentanza è adottato per favorire i nipoti e pronipoti, ed anco i figli dei fratelli e sorelle. Il codice aust. muovendo dall'ordine di parentela giuridico, ha stabilito un sistema convenientemente limitato, onde regolare la successione delle sei prossime linee (parentele), pel quale la prima di esse linee è composta dei successori di chi lasciò l'eredità, sistema che provossi eccellente anco in pratica.

V. Le condizioni necessarie al *testamento* sono : 1. la facoltà di testare (*testamenti factio*) di chi lascia l'eredità ; 2. una determinata forma dell'atto il quale deve aver forza di ultima volontà ; le forme del diritto rom. vennero svariatemente cambiate dalle nuove legislazioni ; 3. secondo il diritto romano l'indicazione esatta e non dubbia *di uno o più eredi* (v. il N. 3 di questo §, il che non è più indispensabile nei nuovi diritti) ; 4. il prendere in considerazione gli eredi necessari e quelli aventi diritto a legittima come ebbe a stabilire la novella 118, nonchè l'indicazione dei motivi di deseradazione, il che venne prontamente abbracciato coll'adattamento del diritto romano.

VI. Circa l'*aquisto* d'un'eredità aperta, valgono i due sistemi già per noi indicati :

Osservazione. Il diritto privato del *comune* (1) che avrebbe a tener dietro al diritto privato di famiglia, non si deve studiare particolarmente in questa breve rivista. Esso di consueto viene esposto unitamente al diritto pubblico del comune, e ciò per l'intimo nesso che corre fra le due sfere, ed anco perchè in tal guisa lo si considera più completamente. Il diritto privato della *comunità nazionale* si manifesta principalmente nello stato siccome *fisco*, cioè proprietario di sostanza. Il diritto privato de' *popoli*, gli è all'incontro un ramo tanto importante del diritto internazionale, che ne' tempi nostri, ove l'interesse suo venne sempre più conosciuto, ebbe ad essere trattato separatamente (v. lib. IV, parte. II).

(1) *Bluntschli* ebbe a trattare con molta esattezza il diritto privato del comune, diritto privato tedesco § 37 ; così pure *Reyscher* nel giornale del diritto tedesco v. XIV.

CAPITOLO II.

LO SPECIALE DIRITTO PRIVATO DELLE SFERE OPEROSE, OVVERO DEGLI STATI DI VOCAZIONE (DI LIBERO ELEGGIMENTO).

§ 51. Le antitesi di stato emerse nelle diverse epoche della storia germanica, attualmente non offrono se non se una leggera importanza pel diritto privato, però che sia stata distrutta ogni specie di restrizione della libertà, e stabilita l'uguaglianza civile di tutte le classi del popolo. La stessa istituzione feudale mutò natura in quanto che venne sciolta dai rapporti personali morali, e sussistette in parte siccome un mero istituto giuridico di sostanza a cui manca l'interna fermezza. All'incontro pel diritto pubblico la nobiltà offre l'importanza che viene dalla discendenza e da tutta la posizione sociale in che essa si ritrova, ed all'alta nobiltà mediatizzata, l'alto federale germanico del 1813 all'art. 14 guarentì in particolar modo il diritto d'uguaglianza di nascita colle cose sovrane. Alle diverse classi, innanzi tutto determinate per lo più della nascita, accedono i ceti di vocazione formati dalla libera scelta e da questa resi sempre più importanti, oppure le classi del popolo che *attendono* quasi esclusivamente ad un principal scopo della vita. Di questi stati di vocazione, quelli che presentano maggior importanza pel diritto privato, sono gli economici, perocchè somma estensione hanno i loro interessi, mentre invece il ceto de' letterati e degli artisti, quantunque anco i rapporti suoi si trovino regolati da uno speciale diritto privato (diritto di stampa, proibizione di ristampa, diritto di riunione rispondente ai suoi rapporti), offre solo grande importanza giuridica pubblica nelle pubbliche istituzioni (università accademie, scuole), ed è ancora ben lungi dalla propria organizzazione, organizzazione alla quale s'appressano gli stati economici.

Havvi un diritto privato speciale regolatore di questi stati, diritto con cui sulla base del diritto privato generale, che sussiste anco come diritto sussidiario, vennero stabilite speciali istituzioni giuridiche e determinazioni pei particolari rapporti della vita. Il diritto commerciale gli è quello che si svolse meglio di tutti i diritti privati degli altri ceti economici, invece ben poco avvantaggiò quello d'industria, ed ancor meno l'altro dell'agricoltura, quantunque dessi meritano una vasta cura pratica e scientifica.

A. Fa mestieri che nel diritto degli stati speciali di vocazione emerga prima di tutto il lato pubblico giuridico.

Gli è di sommo momento per l'*ordine* publico che nella società, che il lavoro e l'occupazione non si sbriciolino in rispondenza ai singoli individui e che esso ordine non si foggia atomisticamente a guisa d'una mera

agglomerazione di individui transitoria e causale, ma che invece la gran vita della società, animata dallo scopo umanitario, possedga per tutti gli scopi principali, e funzioni somme, e stabili organi sociali e di stato. La direzione libera, astratta ed individuale del diritto romano, distrusse presso il più importante popolo di razza romana (in Francia) i prischi organi germanici di corporazioni e maestranze. Ma siccome questo gran popolo sarà pure astretto presto o tardo, di rannodare anche un tal rapporto ai suoi storici principii germanici, così agevolmente si scorge dover gli stati tedeschi evitare innanzi tutto lo smembramento non necessario nonchè troppo individuale; e quantunque sia pur forza declinare il principio delle viete maestranze ovunque inceppanti il libero svolgimento del lavoro, dovere essi stati tuttavia nelle principali direzioni attenersi al principio dell'organamento sociale, applicando tal principio ai liberi stati ed associazioni. Ma il pubblico bene esige che tale organizzazione venga tracciata dallo stato. I caratteri fondamentali di essa, sono i seguenti: 1. Tutte le persone che esercitano un ramo di lavoro economico debbono secondo la possibile omogeneità del lavoro e secondo i gruppi principali, stringersi in una *associazione* (che nell'agricoltura coincide col comune campestre), i di cui membri scielgano un *consiglio di associazione* tolto da sè stessi, all'intento che desso provveda a tutti gli interessi comuni, giuridici, morali ed economici, e promuova il comune vantaggio economico, invigili la condotta de'singoli associati, mantenga ordine ed unione, serbi intatto l'onore della associazione ed amministri le casse di soccorso per le vedove, e per gli orfani e per gli ammalati. Ogni associazione dovrà pur stabilire degli arbitri (*conseil des prudhommes*). 2. Tutti i consigli di associazione di un determinato distretto dipender debbono da un consiglio d'*agricoltura*, da uno d'*industria* e da un altro di *commercio*, ai quali consigli spetta ordinare gli interessi complessivi, e le bisogna degli associati cui essi rappresentano. Dal loro centro essi consigli trarranno per elezione i membri pei giudizi d'agricoltura, d'industria e di commercio del distretto, ad ognuno dei quali interverrebbe un giurisperito avente diritto di votazione, giudizi i quali fiancheggiano le autorità politiche amministrative, nella loro qualità di organi conoscitori dell'argomento per loro rappresentato, e di talcosa consiglieri. 3. Tutti i consigli d'agricoltura, d'industria e commercio d'un'intera provincia saranno sottoposti ad una camera di agricoltura, ad una d'industria e ad un'altra di commercio, e questa si fornirà per elezione dei consiglieri dell'associazione e consigli che ad essa troverannosi soggetti, e sarà sua attribuzione il conservare nell'intera provincia tutti gli interessi del ramo a cui sovraintende, e troverassi poi sopposta al ministero. Impertanto quelle tre camere e quei tre consigli provinciali, a motivo dell'intimo nesso in che rimangono collegate, lesi dovranno unire in una radunanza. Per mezzo delle camere e de' sottoposti organi si eleggeranno anco i

membri di stato pel giudizio d'agricoltura, industria e commercio, ai quali giudizi verrà inviato dal governo in giurisperito. Non è per anco manifesta la convenienza di riunire i consigli di commercio ed industria. — Quest'organizzazione dello stato di commercio e di industria, in parte convien si formi secondo la direzione che muove dall'alto al basso, cioè che pongasi prima di tutto a stabilire gli organi più elevati. L'agricoltura fin qui rimase esclusa da siffatta organizzazione, e solo un'altro ramo della produzione primitiva, lo scavo delle miniere, ebbe ad essere in qualche modo organato. — Tale organismo con lievi modificazioni lo si può applicare eziandio a tutti gli altri più spirituali rami di vocazione d'arti e lettere. Ed in vero nella stessa guisa che si effettuarono in alcune speciali vocazioni (avvocati, dottori) de' consigli disciplinari e de' giudizi che recarono felicissime conseguenze, potrebbero eziandio stabilire simili istituzioni invigilatrici anche per le altre vocazioni occupantesi nel campo della letteratura, della stampa giornaliera e dell'arte. E tali funzioni conformate in organismo d'associazione, intenderebbero ad avvantaggiare gli interessi comuni, provvederebbero all'onore del ceto, nonché alle diverse casse di soccorso, e di tal guisa comporrebbero delle autorità importanti, difenditrici dell'ordine e del costume morale giuridico, alle quali talvolta sarebbe concesso come ad istanza superiore, l'operare ben più gioevolmente che non possano le leggi preventive ed i tribunali ordinari. L'intero organismo deve esporsi più diffusamente dal diritto pubblico.

B. Osserviamo ora i predominanti *privati giuridici* rapporti degli stati economici di vocazione (1).

I. Nel ceto degli operai intesi alla produzione primitiva, ceto che in sé accoglie principalmente *l'economia rurale* e lo *scavo delle miniere*, avvennero di molte mutazioni, soprattutto ne' rapporti e nel diritto dell'economia rurale, le quali ebbero ad esser rese necessarie dalla soppressione — pur voluta della civiltà — de' rapporti di appartenenza, e dall'incarnazione del principio di libertà. Tali cambiamenti furono è vero favorevoli in sommo grado all'economia, ma però minaccian di tornare a nocimento de' rapporti di persona. L'ordine della proprietà fondiaria, il quale da prima appoggiava sul principio del vincolo, offriva per lo meno il vantaggio certamente non conteso, d'aver serbata robusta e prospera la classe contadinesca. Ed ora nascono molti pericoli dalla maniera parziale di concepire la libertà, e dalla propugnazione dell'arbitrio individuale, e più che pericoli, danni effettivi abbiamo a lamentare per la capricciosa divisione o distruggimento delle grandi riunioni de' beni rurali, nella rovinante amministrazione economica (in special modo come trattasi

(1) *Mittermaier* si è quegli che tratta più paritamente di tali rapporti, diritto privato tedesco, v. 2. lib. VI e VII; v. anche *Bezeler* diritto privato romano vol. III.

delle foreste), e nell'arbitrio con cui s'aggravano di debiti persone e cose, onde ne vien che il debitore si ritrovi dipendere dal capitalista, ben più duramente che non avvenisse nei rapporti de' passati tempi. Ma allo stato torna di gran vantaggio che sussista con numeroso ceto di contadini, non sopraaccaricato di debiti. A tale intento fa mestieri porre in armonia il principio del collegamento tanto gagliardo nella vita della natura, con quello della libertà, armonia a cui si giungerà in diversa maniera a tenore de' svariati rapporti, e che incernerassi con predominio quando dell'uno, quando dell'altro principio. Il regolamento e la limitazione nell'economia campestre si presentarono: 1. nel determinare secondo i diversi rapporti la divisibilità di un pezzo di fondo. Nella diversa maniera di ottenere per successione i beni rurali, e nel modo di soddisfare alle esigenze di chi ha diritto all'eredità; 3. Nella limitazione ad incontrar debiti ipotecari; avvegnachè nella stessa guisa che torna giovevole all'agricoltura assumere dei mutui per avvantaggiare ecc., all'incontro riesse dannoso all'interesse pubblico che lo stato de' proprietari collo aggravarsi troppo di debito, si trasformi in un ceto di fittaiuoli temporali, ovvero di giornaliero (1). Siffatta limitazione la si può effettuare solo organizzando il *consiglio di famiglia*, l'*associazione* del comune campestre, istituzioni utili altresì per altri rapporti, per cui sarà dato, ove occorra, manifestare la necessità di trasmettere i beni ad altri membri di famiglia, però dietro approvazione d'una superiore autorità. Del resto 4. come trattasi di regolare i rapporti di affiliazione, o non devesi abbandonarli esclusivamente all'accordo delle parti, ma e per migliori rapporti economici, e per maggior sicurezza delle relazioni personali, fa mestieri stabilire leggi vincolatrici, ed in ispecial modo provvedimenti ad aumentare la durata dell'affiliazione. 5. Il fedecomesso di famiglia che è in sommo grado una novella creazione dello spirito germanico, da cui venne poi migliorato lungo il 16. e 17. secolo, e conformato all'antico ed affine principio tedesco della terra allodiale (2), nonchè congiunto per una parte al fedecomesso romano, e per l'altro al diritto di feudo: tale fedecomesso contribuì a mantenere uno stabile ordinamento di beni. Ma se si avesse ad estendere l'applicazione del fedecomesso più che non siasi fatto fin,

(1) Profonda si fu l'ultima osservazione (mag. 1837) fatta dall'organo del governo alla camera prussiana de' signori, allorchè molti membri domandarono allo stato novelli istituti di credito (oltre quelli rurali economici già sussistenti, che fanno mutui fino alla metà del valore); e dessa suona « tornare per nulla giovevole allo stato che i beni cavallereschi pomerani passino a Berlino sotto i figli. » — *Bernhard*, intorno alla restaurazione del diritto tedesco specialmente in quanto spetta alla proprietà fondiaria, Monaco 1839, ebbe ad osservare con molto senno che « l'ipoteca ed il contratto d'affitto romano sono atti solo ad impoverire la campagna ed i contadini. »

(2) V. *Gerber* « dello studio del fedecomesso di famiglia tedesco » nel rapporto annuo per la dogmatica, vo. I, p. 32.

ora, e se tale istituzione avesse a farsi giovevole, e non dannosa per la sconvenevole preferenza di alcuni membri della famiglia, in conseguenza a soverchia concentrazione de' beni, in allora il fedecomesso di famiglia dovrebbe, per lo meno in quello de' beni contadineschi, venire essenzialmente cambiato, così che nella proprietà complessiva, tutti i membri presenti, interverrebbero a sanzionare l'intera amministrazione economica e il modo di trarne vantaggio (1). *b.* Finalmente l'associazione si farà signora dell'economia rurale. E qui sarà d'uopo, onde i veri lavoratori non cadano nei rapporti di servaggio, che il concetto tedesco dell'associazione, si incarni ben più severamente che non avvenga nell'industria e nel commercio, ove il cambiamento e il moto delle persone è d'assai più grande. — Ma in generale in tutti gli ordinamenti, riforme ed istituzioni sorte nella sfera dell'economia rurale, conviene attenersi al principio germanico della proprietà fondiaria, secondo il quale non è mai dato l'attribuire un'illimitata potenza all'individuo e alla sua libertà, ma fa mestieri aver sempre riguardo anco all'ordine di famiglia e di stato, non che agli obblighi inerenti a queste due istituzioni (2).

Il *diritto di miniera* riferentesi allo *scavo delle miniere*, ramo speciale della produzione primitiva, die' luogo ben presto ad una società per azioni conosciuta sotto il nome di *miniera*, i cui membri diconsi interessati nelle miniere; e con questa società giuridica di sostanza, sussiste anco come società la corporazione de' minatori. Il diritto di miniera richiede un regolamento nuovo, il quale è assai difficile, ma che però ebbe luogo in qualche stato (3).

II. Il *diritto privato* del celo industriale, veniva primieramente regolato coll'antica costituzione delle maestranze e corporazioni, ma sendosi pur necessariamente dovuto abolire siffatta maniera d'ordinamento, non lo si deve sciogliere col principio astratto della libertà individuale, ma

(1) V. la mia filosofia del diritto, p. 310. Quivi accennai alla descrizione che fece Dupin ainé nel *Constitutionnel* di una unione di famiglia composta di 36 membri, intesa all'economia rurale, una di quelle che sussistono in molte parti della Francia prima della rivoluzione, la quale unione cui Dupin conobbe a St. Saulge, si mantenne lotata malgrado la rivoluzione, ed i novelli costumi per cui tanto si divide la proprietà fondiaria.

(2) Lo stesso dice anche Gerber. luo. cit. p. 60: « La proprietà fondiaria in Germania non ebbe mai diritti illimitati di libertà, ma ebbe sempre dei limiti imposti da obbligazioni politiche morali di speciale natura. Esso presentò non solo il carattere d'un diritto esclusivo, ma eziandio offerse, e molto più, quello d'un ufficio. Codesta la è una delle più efficaci idee fondamentali del diritto tedesco, che è legittimata per tutto il corso del suo svolgimento, e che non devesi trascurare nella formazione del nostro diritto attuale. »

(3) In Austria per la legge del 1854.

torna acconcio trasformarlo sulle basi della pubblica giuridica organizzazione, in vista ai cambiati rapporti, avendosi riguardo soprattutto alla natura delle macchine. I relativi principii privati giuridici riferiscono: 1. alle condizioni necessarie onde far parte dell'associazione secondo i diversi gradi e specie de' membri associati, sia come operaio o maestro, oppur come padrone di fabbrica; 2. al generale regolamento de' rapporti di chi si assume un lavoro e di chi ne dà l'incarico, come pure di quelli degli apprendisti, regolamento da non abbandonare all'arbitrio privato de' contraenti, facendo mestieri invece stabilirlo in armonia a vincolanti norme giuridiche private; e così pure si hanno a sottoporre al consiglio d'associazione tutti i contratti che vengono conclusi. Fra questi rapporti deve essere regolata soprattutto la durata del lavoro delle donne e dei giovinetti, i quali non si riceveranno se non se giunti ad una determinata età. 3. Quindi fa d'uopo stabilire le condizioni sotto le quali si acconsente d'esercitare un'industria senza dipendere da alcuno (diritto di maestro, condotta giuridica morale), e regolare le altre per le quali padrone ed operaio possono darsi ad un'industria in una delle tre forme di società già per noi indicata. 4. Finalmente si debbono fissare anche le condizioni per estendere un diritto di industria. 5. Una pubblica giuridica organizzazione determinerà i provvedimenti sociali per le vedove, per gli orfani, inetti al lavoro ed ammalati.

III. Il *diritto privato del ceto commerciale*, toccando in molti punti gli interessi di sostanza, e passando, a motivo della propria direzione, oltre i confini degli stati, esige un sommo perfezionamento. Ed appunto per questo suo carattere espansivo, emerge a tempi nostri vivissimo il bisogno di stabilire in tutti gli stati tedeschi una legislazione sola pel diritto di commercio (1), non altrimenti che si fece pel diritto cambiario che attualmente negli stati tedeschi ha cessato di essere un diritto commerciale, per trasformarsi in diritto generale civile.

Il diritto privato di commercio ha la missione di regolare: 1. i rapporti delle *persone di commercio* le quali pure trovansi riunite in associazione sottoposta al pubblico organismo giuridico. Sono persone di commercio, ed i singoli commercianti, e le società commerciali, ed i rappresentanti (come istitutori od agenti e procuratori) nonchè le persone sussidiatrici, cioè ed i bassi commercianti (commissionarii e sensali), ed i spedizionieri, barcaioli, vetturali e redattori de' libri di negozio. 2. I rapporti giuridici della *gestione d'affari* commerciali, vale a dire quelli

(1) Chi svolse fin qui il diritto di commercio con maggior dottrina, si è: *Pöhl*, esposizione del diritto di commercio comune e di quello di Amburgo 1828-1834, 6 vol.; *Thöl*, diritto commer. 3 ed 1834; *Brinckmann*, diritto commer. 1854. L'importante diritto commerciale francese di *Pardessus*, *Cours de droit commercial*, ed. V. 1844. 6 vol.

della redazione di libri di commercio, delle bisogna attinenti agli affari di danari di commercio, ove presentansi di somma importanza il far credito, il coprire, i diversi modi di pagamento e l'assegno. 3. Le diverse specie di commercio, è cioè: a) la compera *diretta* che è poi compera giornaliera, o compera di somministrazioni, e quest'ultima dà luogo a parecchie modalità; b) il commercio di commissione; c) l'affare di carico il quale si divide principalmente α) in *carico di terra*, ed β) in *carico di mare* e per quest'ultimo si stabilì in modo speciale il diritto marittimo. Il diritto privato di mare, che di consueto lo si tratta unitamente al diritto pubblico marittimo (1), comprende le norme che si riferiscono alla proprietà di nave (costruzione, nazionalità), alla condotta (marinaio, equipaggio, giornale del bastimento), al caricare, principalmente ai danni di mare venienti da piccole e grandi avarie, e da ultimo alle assicurazioni marittime. d) Finalmente il commercio librario costituisce una forma particolare di commercio, che si parte in commercio di assortimento, e di stampa.

IV. Per quanto concerne il diritto privato degli altri ceti sociali di vocazione ossia di libero eleggimento, diritto che svolgesi unitamente alle rispondenti materie di diritto pubblico, torna opportuno lo stabilire il principio fondamentale, che anco l'esercizio della professione di maestro, di medico, di avvocato deve dipendere da determinate condizioni di attitudine, e che l'opposta pratica costumanza di alcuni paesi, tanto in riguardo a tutti questi rami di elezione (Stati uniti americani del nord), quanto per alcuni (pei maestri in Francia e nel Belgio ed a Ginevra anco per gli avvocati), non è che la conseguenza di un principio di libertà astratto.

Osservazione. Pel *diritto di processo civile* ne riportiamo ai principii generali, ed alla rivista storica.

(1) La migliore più recente esposizione del diritto marittimo, si è di *de-Kaltenborn*, i principii fondamentali del diritto marittimo pratico europeo, specialmente nel traffico privato, 1881, 2 voi. V. anche il diritto privato di *Mittermayer*.

LIBRO QUARTO.

IL DIRITTO PUBBLICO

PRIMA PARTIZIONE.

IL DIRITTO DI STATO E DI SOCIETÀ' (1).

DELLE CONDIZIONI ATTUALI DI QUESTA SCIENZA, DELLA NECESSARIA SUA RIFORMA E DELL'ESPOSIZIONE DE PRINCIPII PIÙ IMPORTANTI PER CONSEGUIRE TALE MIGLIORAMENTO.

§ 1. I punti di veduta dirigenti.

La è cosa evidentissima che uno storico periodo di svolgimento volge al suo termine nella vita e nella scienza dello stato. La teorica liberale e propugnatrice di costituzione accolta fino ad ora, alla quale si collegavano le più nobili speranze ed i conati di tante gagliarde forze, non ebbe ad effettuare i proprii disegni nei più grandi commovimenti politici de' tempi recentissimi, e se anco non si provò mancare d'ogni fondamento, tuttavia ebbe a rivelarsi per insufficiente. Nella caduta di

(1) Intorno al diritto generale di stato, v. principalmente l'opera di *de-Mohl*; la storia e la letteratura della scienza di stato. Sul diritto generale di stato, v. in particolar modo: *Dahlmann*, la polit. 1833; *Röder* la politica del diritto 1837; *Zachariä*, 40 lib. intorno lo stato, 1839; *Bluntschli*, diritto generale di stato, 1851. E per una determinata direzione, v. *Stahl*, filos. del diritto sezio. II. In riguardo al diritto tedesco di federazione di stato, v. le opere di *Zachariä* e di *Zöpfl*. In generale il diritto pubblico che qui doveasi esporre in foglia enciclopedica, non altrimenti che si fece del diritto privato, lo si deve per necessari limiti della presente opera, restringere alle seguenti generali riflessioni le quali devono in particolar guisa indicare un novello punto di vista. Ma il diritto pubblico verrà da me trattato in altri lavori siccome continuazione della mia « teorica organica di stato » 1850. v. 1. Questa teoria che secondo il piano primitivo, non dovea essere se non se una generale e razionale esposizione, e ad un tempo avea a porre nuovi fondamenti alla scienza di stato, e che s'ebbe molti fautori, porrà nella sua continuazione la base etica e filosofica più profonda alla scienza dello stato e della società, di cui porgerà altresì un più accurato sviluppo, servendole di *introduzione generale*.

siffatta teorica, alcuni avvisano scorgere lo sfacelo della vita dello stato, nonchè il sommo pericolo d'una lotta e di vicendevoli vittorie fra le pure antitesi dell'arbitrio delle masse e de' dominatori, lotta che alla fin fine condurrebbe alla distruzione di tutta la vita sociale. Altri invece credono ravvisarvi l'inevitabile destino d'una dottrina poco curantesi della vita nelle sue leggi di sviluppo e conformazione, nonchè delle differenze e bisogni nazionali; e costesti pensatori tengono per un quesito di sommo scientifico momento, quello di indicare alla vita il cammino da percorrere e la meta a cui intendere, traverso la presente epoca di transizione e delle inerenti scosse e sconvolgimenti, e fra le esigenze dell'egoismo ed il difetto di speranza. Noi accediamo a questa ultima opinione, e tanto più ne piace dessa, in quanto ne sembra roborata da una riprova storica, e però teniam per fermo non appoggiare la teoria che rifiutiamo sovra un naturale progresso del vero spirito e vita germanici. Che se anco contiene principii immutabili generali dell'ordine di stato, nei punti vitali la è però il prodotto di un altro popolo e d'altre condizioni di vita, e per conseguenza non può mettere profonde radici nei paesi tedeschi.

Nella storia dello sviluppo sociale e di stato presentansi indubbiamente due grandi epoche, le quali formano in quasi tutte le direzioni essenziali un'antitesi, e però accennano ad una superiore conciliazione. Nell'ordine di vita del medio evo predominava un ordine di *società* in cui le diverse sfere della vita, stato e chiesa, comune, ceti e consorterie, erano collegate piuttosto in ordinamento esteriore ed aggregazione accessoria, di quello che in intimo congiungimento, e ritrovavansi strette da limiti loro imposti da una potenza forte ed una. La vita de' membri cercava dominare prepotentemente la vita complessiva, lo spirito di divisione lottava contro lo spirito di colleganza, la polierazia e la sincrazia contro il potere e la direzione centrale ed unitiva. Ivi tutto l'ordine pubblico veniva turbato da continue lotte fra il potere dello stato e quello della chiesa, nonchè dalle altre dei comuni, de' ceti e delle associazioni. Lo spirito di maestranza ed il monopolio inceppò il libero movimento ed il progresso, ed i rapporti morali così di sovente lodati, eran di certo ben peggiori che non sieno stati in tutte le epoche che succedettero.

Il genio della *personalità* e della libertà *individuale* che a poco a poco rinvigorendo dominò, distrusse l'ordine del medio evo. Il rinascimento delle scienze e delle arti nei secoli XV e XVI avea desto nella filosofia lo spirito della libertà e dell'investigazione, e tale spirito fu trasportato dalla riforma con alquante limitazioni nel campo religioso. La riforma collo studiare la letteratura antica e l'antica vita di stato, spingea gli animi all'ordinamento di stato. Indi ne venne l'adottamento del diritto romano, il quale se fece predominare la veduta formale della vita, del

diritto e dello stato, e se per mezzo de' giuriconsulti che si posero alla direzione degli affari, rifiutò ognor più le sanzioni germaniche di diritto e di stato, ebbe però a diffondere ovunque e con forza sempre crescente, la credenza romana dell'onnipotenza dello stato.

Di tal gulsà si fè gagliarda e predominante in una nuova epoca la vita del *diritto* e dello *stato*, dessa scompose e sciolse l'ordine sociale del medio evo, si sottomise completamente la vita ecclesiastica ne' paesi protestanti, ed in parte anco nei cattolici, e flaccò sempre più l'indipendente potere degli speciali ceti e delle corporazioni. Lo stato si impose ben presto siccome il capo, siccome la potenza superiore pubblica della complessiva società umana, qual forza insomma avente impero sovra tutto. La vita di stato sviluppossi per fermo in diverse guise presso i popoli inciviliti d'Europa. All'Inghilterra fu dato per la sua posizione insulare di serbare e svolgere liberamente gli antichi principi germanici, in una costituzione formantesi dai di lei proprii rapporti sociali, morali, ed economici, specialmente mercè il principio vitale del governo autonomo, principio che s'ebbe forza non solo nel governo parlamentare ma ben anche — il che merita speciale considerazione — in tutte le speciali direzioni dello stato e della vita pubblica, nella vita ecclesiastica, nella contea, nel comune e nelle corporazioni, ove si pose a limitare essenzialmente esso governo. Sul continente si è la Francia che s'è fatta indubbiamente la conduttrice e l'esempio predominante della vita politica, tanto per i principi quanto per popoli. Quando si reca il giudizio sulle vicissitudini di questa grande nazione, si deve badare a non serrarla e considerarla in una zona isolata, ma conviene estendendo le vedute, tenerla in conto d'un mezzo e strumento di cui si serve la provvidenza suprema, avvegnachè i mutamenti interni della Francia sieno destinati ad esercitare una decisiva influenza sulla conformazione interna ed esterna degli altri stali d'Europa. Però se a questi derivò molto bene dalla Francia, ne vennero anche parecchie false direzioni nella scienza e nella vita dello stato. Da quel paese si sparse in ispecial modo quell'astratta e formale scienza di stato, che questo considera soltanto siccome un prodotto dell'accordo degli individui, e che in esso stato non ravvisa per nulla una gradazione organica di individui, famiglie, corporazioni, comuni, provincie, ma vede soltanto individui in modo atomistico. I quali individui poi si pongono ben presto in opposizione ed in lotta colla autorità superiore da essi medesimi stabilita, ogniquallvolta essa domanda maggior potenza ed eglino più vasta libertà, onde s'avviendano perdite e vittorie, patti ed accordi i quali conducono alla indissolubile costruzione del formale meccanismo costituzionale basato sulle leggi fondamentali dell'equilibrio e del contrappeso dei poteri. Quinci formossi una politica nella quale il formalismo simile

al diritto civile, produsse una giurisprudenza che sovente denota come distinto politico il più frivolo oratore, che si abbia abilità alle forme politiche e all'eloquenza da scena. Del resto la è cosa a tutti nota l'essere ito a vuoto tanto in Francia come altrove, il vano conato per la libertà, ed avere ancor la potenza dello stato inteso esclusivamente ai puri mezzi esteriori di esistenza. Di tal guisa si fece luogo ad un'epoca nella quale la conformazione di stato fu dominata da predominanti principii astratti formali e meccanici dell'uniformità, libertà ed uguaglianza. Tuttavia non si hanno a sconoscere le buone conseguenze che ne vennero. Si concepì lo stato come indipendente ordine e potenza della vita; formossi una generale borghesia di stato; svegliossi uno spirito politico del ben comune; malgrado alcuni travimenti fu consolidata la libertà; generale si fece il senso delle forme, le quali tanto nei rapporti di stato, quanto nei privati giuridici sono importanti mezzi di guarentigia nonché di giusta limitazione dei diritti ed obblighi; e lo spirito d'umanità quantunque spesso superficialmente coltivato, ebbe a migliorare molte cose nella vita negli ordinamenti e nelle leggi. Malgrado tali pregi, non si poterono velare le mancanze ed i difetti. Nella stessa guisa che per lo passato insorse uno spirito di reazione, la cui tendenze erano alquanto confuse, contro lo spirito di libertà astratto e smembratore, così attualmente all'intento di conservare il bene acquistato, convien far opera di guidare la prisa direzione ad un'epoca di natura più elevata, per mezzo di completamento, limitazione e di più profonde basi. Le condizioni fondamentali di tale elevata trasformazione della scienza di stato, sono le seguenti: 1. L'ammissione del fondamento *storico* nella vita di stato. 2. Il tenere per *etico* il carattere e lo scopo dello stato tanto in sè, quanto in relazione a tutta la vita. 3. L'abbandonare la credenza dell'onnipotenza dello stato, ed il riconoscere delle sfere di vita e di società le quali appartengono all'ordine del diritto e dello stato soltanto dal lato del regolamento giuridico, insomma l'adottamento di una *scienza di società*. 4. L'effettuazione del principio dell'*organismo*, ovvero della cordinazione in tutta la vita dello stato, in contrapposizione al meccanismo seguito sin qui, e con tal organismo la giusta conciliazione fra *ordine* e *libertà*. 5. Finalmente la retta determinazione e l'effettuazione del concetto di *rappresentanza* in tutte le sfere e gradi della vita di stato e di società. Devonsi con brevità ma partitamente esporre i tratti fondamentali d'una elevata conformazione della scienza di stato.

§ 2. Il fondamento storico della vita di stato.

I fondamenti storici furono primieramente distrutti nella vita di stato e di società, dai grandi mutamenti religiosi del secolo XVI., i quali in-

nanzi tutto infransero la storica tradizione religiosa, indi tosto recarono il commovimento della riforma anche nel campo politico, ove la teoria astratta e la pratica del liberalismo e radicalismo, ebbero ben presto ad avere i fondamenti istorici in conto di inciampi ai loro principii generali di benessere mondiale. Ma l'importanza della base storica può essere concepita in varii modi. Se con ciò non si avesse a tener discorso se non se della conservazione di quanto fu trasmesso dalla tradizione e di quello che sussiste, in tal caso e' sarebbero vane parole le nostre, giacchè la vita ha sempre progredito fin qui, e a verun stato non fu concesso impedire le necessarie riforme. Ed in vero è la vita uno sviluppo in continue manifestazioni e conformazioni, e nella vita sociale la superiore libertà spirituale morale mostrasi anco nell'iniziamento di nuove serie di svolgimenti, nonchè nella trasformazione de'sussistenti rapporti, e ciò per mezzo di nuovi principii; e mostrasi dessa altresì nel progredire del libero spirito morale parallelamente all'incremento della natura, il quale per falsa analogia si volle trapiantato nella libera vita sociale. Ma pure nella vita di stato e di società, riescono di sommo momento i fondamenti e le relazioni storiche, che hanno ad essere concepiti e lumeggiati dal robusto studio della storia. Però non devesi richiedere alla storia quanto ella non può dare. Il mero studio della storia non può da sè solo apprendere i principii sociali di diritto di stato, e dimostrarne la verità; ma tutto ciò convien averlo attinto ad altra sorgente, non potendo la storia servire se non se a schiarimento, indicando l'effettuazione e le più vicine conseguenze di tali principii. Del resto si osservi che in generale la storia avrà una prova per tutti i sistemi, e quindi si foggierà sempre secondo lo spirito di chi pone la tesi, onde avviene che sia di sommo momento la convinzione religiosa, morale e politica di chi si pone ad indagare i fatti che furono. Il perchè ben pochi trassero istruzione dalla storia, i partiti poi nulla ne ricavarono; e l'epoca presente porge le prove le più complete che le antecedenti esperienze per quanto sicure e replicate esse sieno, non riescirono giammai a tracciare una regola all'operare successivo, avvegnachè questo sia ognora determinato da principii ed opinioni, colle quali tentossi di legittimare o declinare le conseguenze effettuatesi nel passato. Col che siam ben lungi dal negare che lo svolgimento storico proceda secondo leggi e principii generali della vita. E quegli il quale avesse a conoscere queste leggi ravviserebbe indubbiamente nella storia una educazione del genere umano sottoposta alla provvidenza divina, educazione diretta ad uno scopo stabile, ma modificata od impedita per la reazione della libertà umana. Ad un tal uomo indagatore si offrirebbe altresì la storia siccome una vera teodicea, non quale giustificazione di Dio, però che Dio non ne abbisogni, ma bensì come giudizio e sentenza divina, per cui tutta la vita viene regolata secondo la su-

blime e celeste legge del bene, la cui osservanza come anco il molo al nobile scopo, sono premiati di lietissimi frutti, mentre di quantunque violazione o trascuranza d'essa legge, rimangon puniti gli individui, gli stati e gli interi popoli, con dure prove, col regresso nella via sociale, ed anco coll'annientamento. Che se una tal vasta suprema intuizione non è concessa nè a chi indaga la storia, nè ad alcun uomo, tuttavia onde ottenere in coteste indagini una norma conveniente e sicura, nè gioverà il muovere dal convincimento che siccome Iddio è uno, così tutto il bene è uno, e quindi trovansi in armonia i beni speciali nel ben generale. Quindi vera religione, moralità, diritto, scienza ed arte formano un'intima armonia; e perciò ove conseguentemente si sparge odio fra gli uomini, e non si cerca sopra ogni cosa il segno caratteristico del bene, la *moral* forza della vita, in tal caso si sconosce lo spirito divino, e non vien calcolato il vero cammino volto al progresso ed al bene, cammino che è sempre disegnato nel campo del bene.

Ma quantunque alla storia non sia dato condurre alla cognizione dei principii, il di lei studio tuttavia offre un sommo interesse per la vita sociale e di stato. Innanzi tutto ne è pur forza ammettere nella storia una importanza assoluta, indipendentemente dall'utilità che può recare immediatamente, non altrimenti del valore che apponiamo alla storia naturale. In quella stessa guisa che in questa lo spirito si compiace dell'*individuale* che vien prodotto dalla natura, così anco nella storia provasi diletto nello scorrere il libero operato individuale degli uomini, avvegnacchè l'individualità sia in genere un tratto caratteristico di principio d'ogni vita, risultante dal meraviglioso compenetrarsi del generale e dell'individuale, e richiedente l'educazione del senso dell'individuale e del generale. Quinci vien che lo studio della storia desti tal fiata il vero *sensu storico*, alletti all'individuale conformazione della vita, e persuada che gli stati di fatto ed i rapporti della vita, costituiscono secondo le forze ad essi inerenti e la costanza dell'abitudine, una energia tenace non piegantesi all'arbitrio degli uomini, nè modificantesi a principii astratti, da trattarsi invece in armonia alla vita, e da condurre nel caso di riforma, sovr'altra strada, mantenuti intatti alcuni punti di rilegno. Lo studio storico deve anco per conseguenza porgere ammaestramento per la trattazione storica della politica, e declinarla da tutto quanto non s'accorda coi rapporti e coi bisogni. È la politica una scienza ed arte del *possibile* pòsto sotto dati rapporti, cioè del bene e male relativo. Ciò che Socrate disse della filosofia, torna acconeio eziandio alla politica; dessa è simile all'arte della levatrice, nulla producente di per sè, ma traente alla esistenza esteriore un frutto maturato quietamente nel grembo della vita, e che proviene da indipendente germe vitale. E mercè il profondo e maschio studio della storia, si alimenta altresì l'amor della patria,

amore tanto efficace per la vita di stato, e che come avvien dell'affetto ai proprii genitori, non appoggia sovra principii astratti, ma fonda sui vincoli individuali della parentela sociale. Da ultimo tale studio impedisce il rapportare al contratto l'origine dello stato, e toglie le astratte pretese radicali per cui si vagheggia partire gli stati secondo le nazionalità (1). Senza sconoscere l'importanza che la nazionalità offre nello stato, nè il nobile sentimento della nazionale convivenza, si dovrà pure ammettere qual fatto, come fin qui nello storico sviluppo mondiale, nessun gran stato si fermasse e circoscrivesse esclusivamente secondo la nazionalità. Quinci ne sarà forza ammirare l'alta disposizione della provvidenza la quale impedisce che le nazionalità si stacchino bruscamente sotto forma di stati, ma che invece le fonde, come più volte avvenne, ed intende mercede il legame di stato ad affrattellarle nella comunione dall'incivilimento. Però che quantunque faccia pur mestieri ammettere nella storia moderna più gagliarda la forza di attrazione della nazionalità, nè sia dato prevedere tutte le conseguenze di siffatta energia, tuttavia una veduta storica maggiormente elevata, sembra caratterizzare soprattutto le nazionalità come banditrici di incivilimento. Quinci spiegasi come i popoli ritrosi alla civiltà sieno per la maggior parte caduti, laddove gli stati ne quali accolgonsi varie nazionalità, trarranno elementi di più gagliarda sussistenza, dal raggiungere il loro sublime problema storico, e dal farsi apportionatori di civiltà a tutte le nazionalità unite ed affratellate, e però essi stati potranno stabilire la prova, esservi qualche cosa di più nobile delle nazionalità, — l'umanità.

§ 3. *Del carattere etico della scienza di stato,
e specialmente del carattere etico dello scopo di stato.*

1. *In generale.* Siccome a' tempi nostri la scienza di stato ha sempre più assunto un carattere formale, e nella costituzione ed amministrazione s'è ristretta ad una dottrina delle forme della vita di stato, così dessa in generale segui le vie non molto rette del diritto naturale, e simile a questo, da due secoli si è staccata a poco a poco dalla religione e dalla morale. Il carattere distintivo del principio del diritto venne riposto nella possibilità dell'astrazione, e quindi formossi una teorica del costringimento, giusta le sue diverse specie ed applicazioni. Lo stato come stato di diritto apparve perciò avanti tutto quale istituzione possente della forza d'astrazione, la quale non esige moralità, ma solo legalità di opere. Ma nella stessa guisa che diritto e stato hannosi eminentemente a concepire siccome speciale ordinamento divino, stabilito

(1) V. la mia teoria organica di stato, p. 210-219.

dall'ordine mondiale eterno, e che il diritto quantunque sia un principio relativamente indipendente, trovasi congiunto in profonda relazione colla morale; così anche lo stato può trovare la sua più solida base, soltanto nella moralità de' suoi attinenti. Ed in vero la propria forza di astrizione gli servirà di mezzo pel mantenimento delle cose attuali, mezzo tal fiate necessario, ma per nulla sufficiente. Ma la moralità mostrasi nello stato, tanto nell'individuo, come anco nell'obbiettivo costume sociale. Non altrimenti che la morale nell'uomo costituisce la più intima forza della vita, sì che Kant ebbe a dichiarare, essere « la buona volontà » la condizione causale di tutti gli altri beni; nello stesso modo la moralità porge all'uomo la potenza dominatrice di tutte le basse tendenze, e di tutte quelle passioni che turbano l'ordine e l'armonia della vita, e gli concede altresì la signoria di sè stesso, sì che vien limitando spontaneo la propria libertà eziandio nella vita del diritto e di stato. Ond'è che con molta sapienza ebbe a dire Göthe (1). « Tutto quanto libera il nostro spirito, senza che ne porga l'impero di noi stessi, la è nocevol cosa, » sentenza colla quale egli condannò ad un tempo anche tutte le teoriche di libertà astratta nel diritto e nello stato, teorie che spariscono innanzi il principio morale della vita. La moralità degli individui sostiene e perfeziona tutta la vita sociale. Come quella si è nell'importante vita economica, la sorgente della costanza e pregio del lavoro, nonchè della moderazione, parsimonia ed onestà nel cambio e circolazione de' beni; così la morale coscienza del dovere si è la più elevata energia che corrobora, sostiene, in parte limita ed in parte estende qualsivoglia operosità tanto privata, quanto pubblica giuridica, e costituisce soprattutto nella intera amministrazione dello stato l'intimo vincolo, pel quale l'individuo si collega liberamente col complesso dello stato. Ma la moralità perfezionasi di per sè a poco a poco, nelle esteriori costumanze sociali. Anche questi usi della società meritano speciale osservazione nella vita, costituzione ed amministrazione di stato. Già Platone diceva « non nascere le costituzioni nè dalle quercie nè dalle rupi, ma da costumi viventi nello stato, i quali pel loro preponderare attirano a sè tutte le altre cose. » Ed in vero qualsivoglia costituzione la non si può costruire come una casa di legno o di pietra, ma conviene armonizzarsi con tutto lo stato morale di civiltà e di vita d'un popolo, e che con questo gradatamente si trasformi. Niuna costituzione che non risponda a siffatto principio, non potè mai sussistere lungamente. Il rispetto alle costumanze ed abitudini del popolo, anche a quelle che pur muovono da erronee credenze, ma che tuttavia è dato sperare si trasformino solo per interno perfezionamento; tale rispetto rifiuta qualunque tentativo di violenta e brusca riforma, non

(1) V. gli anni di viaggio di Guglielmo Meister, lib. III, appendice.

meno d'ogni regresso, e nei costumi onora anche il prodotto del libero sviluppo interno nella vita del popolo. Anco la conoscenza dell'etico scopo di stato, torna opportuna all'intento di estendere nello stato la vita morale.

2. *Lo scopo etico dello stato* (1). Siffatto scopo si è, come precedentemente venne esposto, il diritto in tutta la sua completa importanza, considerato come derivante dall'etico scopo umanitario, e come posto in

(1) Anco nella mia *filos. del diritto* mi sforzai a determinare lo scopo di stato con esattezza e profondità. Gli è ben vero dovetti persuadermi per esperienza, essere le sottili nozioni filosofiche difficili a concepirsi in sè e nelle conseguenze loro. Se il predominante concetto fondamentale di *condizione*, non vien determinato, nè concepito secondo la sua prima significazione, nemmeno da giureconsulti (come ora lo sposi nella teoria del contenuto de' rapporti giuridici § 14), non è da meravigliare se nello scopo di stato che a quel concetto si appoggia, vengano aggiunte o tolte di quelle note che in esso ritrovansi, e che l'accogliere nel concetto del diritto e nello scopo dello stato, condizioni tanto *positive* quanto *negative*, abbia destato delle apprensioni sulla soverchia estensione del problema e dell'efficacia dello stato. Tuttavia in siffatto concetto della condizione, scorgesi come sia tenuto lo stato ad *agevolare* gli scopi umani sociali di coltura, al quale intento deve adoprarsi non solo negativamente rimuovendo gli ostacoli, ma altresì positivamente *promuovendo il libero* utilizzare di tutte le istituzioni, usando di leggi e norme regolatrici; il che può ognuno largamente apprendere dall'opera di *Bau* (Politica dell'economia popolare). Secondo *Krause*, mercè la teoria sullo scopo dello stato, la vera partizione fu conosciuta ed accolta anche in tutte le altre teoriche. Però lo stato è, come vuol *Kant*, stato di diritto, ma non solo foggiato sovra un principio giuridico negativo, come crede quest'autore, ma confermato anche sovra un principio positivo del diritto. Quindi lo stato sussiste per lo scopo dell'umanità, cui non effettua però di per sè stesso immediatamente, ma soltanto per mezzo del diritto; e quindi anche al bene pubblico intende lo stato, non in guisa che scopo dello stato sia il diritto ed il bene presi isolatamente, ma in maniera tale che il bene abbia ad essere effettuale per mezzo del diritto, vale a dire che il diritto venga attuato in sè stesso, e per sè stesso, nonchè pel bene. Per la qual cosa secondo la nostra teoria, lo stato è ad un tempo — per usare frasi comuni — stato di coltura e stato di diritto; egli è però ugualmente un principio che riunisce accogliendole ambedue le direzioni. E dobbiamo guardarne dal confondere la vera teorica dello scopo dello stato, colle *pratiche* vedute *politiche*, avvegnachè queste siano talora indicate da quella. A siffatta speculazione appartiene anco il trattare del sistema del diritto di costituzione ecc., quale scopo recentemente propugnato da *Held*, il quale dice; « La vera essenza dello stato (il compimento suo, lo scopo) consiste nell'elevato signoreggiamento (?), per quanto è possibile, terrestre, di tutti gli interessi generali umani, e del possibile completo loro soddisfacimento, quando ciò possa effettuarsi con mezzi essenziali esterni da un solo stato, quale comune essenza sovrana. » Con questo non è tuttavia esposto lo scopo qualitativo dello stato ma solo la misura, la quantità di sua efficacia.

segnato da veruna dottrina. E sono per fermo riposte in uno scopo fondamentale due direzioni, le quali però non costituiscono due diversi scopi, sendo il diritto l'unico scopo comune. Però avanti ogni cosa fa mestieri provvedere immediatamente alla sussistenza ed all'ordinamento del diritto, avvegnachè quanto più è salda siffatta istituzione, e quanto più è regolato il processo della legislazione e dell'amministrazione, altrettanto si diffonde la coscienza ed il sentimento della sicurezza in tutti i membri. Ma per provvedere a ciò come al prossimo scopo immediato, deve lo stato adoprarsi a rendere possibili tutti i fini di ben essere, elevando le condizioni loro necessarie. Lo stato opera immediatamente pel diritto, mediatamente per mezzo del diritto, ed in via giuridica per tutti gli scopi di coltura. Ciò verrà più chiaramente indicato dall'esposizione del rapporto dello stato colla società umana.

§ 4. Del rapporto dello stato colla società umana.

Siffatta tesi di cui noi abbiamo fatta menzione superiormente, e che attualmente è oggetto di tanti studii, verrà sciolta in diverse gnise, fino a quando non troverassi rischiarata del tutto l'essenza e lo scopo dello stato e della società umana. La nostra teoria richiede sì distingua nettamente lo stato dalla società, e ad un tempo esige che con questa lo si ponga in intima relazione, e noi faremo del nostro meglio per stabilire un giusto punto di partenza, e rischiarare essa speculazione mercè il pratico storico concepimento della vita, colla quale ella trovasi in perfetta armonia. La distinzione fra stato e società, conviene la si consideri storicamente siccome un frutto importante del cristianesimo, cui la scienza deve condurre a luminosa idea. Fu più volte detto che la classica antichità lasciò venisse assorbita l'umanità nello stato, e l'uomo nel cittadino. Però lo stato antico ed in ispecial modo il romano era altresì l'immediato dominatore di tutte le sociali direzioni e sfere della vita, lo scopo uno e comune di tutti i cittadini che in lui doveano trovare il loro completo soddisfacimento. Ma il cristianesimo col porre l'uomo in relazione immediata con Dio, ed elevandolo nel più sublime riguardo sovra tutto quanto havvi di mortale e di terrestre, collocò l'umanità in un grado superiore allo stato, e l'uomo sovra il cittadino. Tal religione nella propria successiva organizzazione religiosa, sociale ed ecclesiastica, provò poter sussistere principii e poteri della vita, nonchè riunioni ed istituti sociali, senza che per questo sieno istituzioni dello stato; e che se anche trovansi quelle sovra il terreno di esso stato, e tra loro e questo corrono esterne relazioni cui deggionsi giuridicamente regolare, tuttavia non stanno di certo sotto l'immediato dominio dello stato, ed anzi vanno oltre i suoi confini nella loro efficacia e rapporti. Importanto quello che

il cristianesimo acquistò per la chiesa, lo consideriamo in genere siccome un vantaggioso acquisto anco per tutti gli altri beni divini ed umani della vita, come moralità, scienza, belle arti, intrusione e le relative istituzioni, le quali comunque giuridicamente collegate collo stato, tuttavia deggiono serbare una libera posizione; il che è a dirsi pure, sebben per diversi motivi, delle sfere economiche nazionali, sfere cui dobbiam guardarne dal tenere come prettamente di stato, pel motivo che nella loro efficacia trascorrono sui confini dello stato. Per la qual cosa lo stesso medio evo che rappresenta l'esterno organismo ecclesiastico, era ben più un ordinamento sociale, di quello non fosse di stato. Dopo il rinascimento delle scienze, l'antica idea della onnipotenza dello stato, ha fatti sempre maggiori progressi, e toccò il punto più elevato, nel sistema filosofico di Hegel, il quale si piace di armoneggiare con quello di Aristotele, nello stabilire una dottrina dello stato come uno « spirito (divino) immanente che si manifesta nell'effettiva formazione ed organismo di un mondo. » Quantunque però tale apoteosi dello stato, alquanto mitigata, possa essere accolta anco da molti, tuttavia la vita stessa si volge in una direzione diversa, direzione cui gli stessi stati vanno ognor più riconoscendo.

Ma la nostra distinzione fra stato e società, intende anco ad uno scopo pratico, quale si è quello di porre un ostacolo alla smodata innalzarsi della vita e tendenza pratica e di stato, de' tempi nostri. Lo stato s'è messo ad accentrare in sé continuamente ed in modo dannoso tutte le forze della vita. La società s'è presso che disciolta nello stato. Un completo esempio di tal cosa ne lo porge la Francia ove, non altrimenti che nell'antica Roma, la città è quasi lo stato, ed in cui i periodici attacchi politici, derivano il loro precipuo perhè, dallo scorrere di tutti gli umori al capo. Per ristabilire la salute della vita di stato, fa mestieri deviare e ricondurre le forze e gli umori dal capo che ne è sovraccaricato, alle membra, alle altre sfere sociali che ne sono impoverite, e con ciò si arresteranno le eccessive aspirazioni della vita di stato. Lo stato che si è fatto quasi uno stato di impiegati, avvegnachè egli voglia tener tutto nelle mani, convien si faccia piuttosto il protettore, l'ordinatore e promotore di un libero movimento sociale. Però dall'accentramento ed onnipotenza di stato della Francia, deve ripetersi il motivo pel quale in questa nazione il sistema rappresentativo non si svolse mai sanamente, nè elevossi all'altezza in che ritrovasi in Inghilterra. Siccome in quest'isola l'organismo d'amministrazione di stato non ingoja tutto, e molte cose sono separate dello stato, così anco la sfera degli affari parlamentari è limitata semplicemente, e la vera vita sociale nei comuni, nelle associazioni e nelle corporazioni ha potuto serbare la propria autonomia. All'incontro in Francia ove dal 1813 al 1848 talento e collura non man-

carono nelle camere, il sistema rappresentativo ruppe e naufragò contro l'onnipotenza dello stato. La storia francese specialmente dell'epoca di Luigi XIV, e la francese teoria di stato, alimentò la falsa direzione di tutti i desiderii, speranze e timori per un buono o cattivo stato, e si fu tale direzione che sospinse a continui nuovi esperimenti di stato e di costituzione (1). Se non che il fallire continuo di siffatti tentativi, spense pressochè ogni fede e speranze nella vita politica, e tutto trascinando nella cerchia degli interessi privati, condusse la vita a tanta bassezza, da riescire impossibile il poterla risollevare mercè cambiamento nel meccanismo costituzionale, o nella posizione od accrescimento dei soggetti abilitati, sendo pur forza cercare salvezza nella limitazione della sfera d'operosità dello stato, rianimando a tale intento i sociali principii germanici distrutti, col recare a maggiore indipendenza la vita di comunanza tanto nell'ordinamento di corporazione come di provincia. E siccome la Francia si elevò più e più fiate a tipo per tutti gli altri stati continentali, così dobbiamo viemaggiormente dar opera perchè sieno in pratica serbate libere ed indipendenti tutte le sfere sociali, e mantenuti intatti tutti i diritti. Con questo esigiamo pure non si turbi lo stato, e s'attenda il progresso d'ogni bene privato e pubblico non da commovimenti e mutazioni di stato, ma dal maschio operare nelle libere sfere sociali, ove convien che ognuno manifesti col fatto di quanto sia capace.

Riassumendo scientificamente la tesi, converremo essere la *società l'uno ed intero ordinamento umano della vita*, il quale si suddivide in tante specie di ordini fondamentali, quanti sono gli scopi principali della vita, e le contrapposte maniere di efficacia sociale. Siffatti ordini sono tra loro organicamente congiunti dallo avvicinarsi del loro scopo ed energia. Essi incrociansi, ed in parte ritrovansi gli uni entro la sfera degli altri, in parte ne sono fuori, manifestando svariato pratico interesse, ed un'organizzazione esterna non ugualmente necessaria e forte. Ora fra essi il più possente pel suo principio, si è l'ordine del diritto, ovvero lo *stato*. Siffatto ordinamento dotato di forza e signoria esterna all'intento di favorire lo scopo del diritto, si è quella istituzione la quale siccome deve anco limitare giuridicamente il territorio del popolo, in confronto ad altri territorii, così pare conviene accolga in sè esteriormente eziandio tutte le altre sfere sociali. Ma in vero queste trovansi parte *nello stato* e parte *fuori*. Trovansi nello stato in quanto che i loro rapporti esterni si hanno a regolare in *modo giuridico*, sia in relazione di esse sfere, od in confronto allo stato, per il che questo ha per iscopo di proteggerle. Rimangono invece fuori da esso stato però che la vita loro si conforma

(1) Questa falsa direzione venne esattamente delineata da *Bastiat*, nelle sue *Mélanges d'économie politique* (Art. I Etat.); v. il sunto nella mia filosofia del diritto, p. 131.

anche socialmente secondo principii e scopi, i quali sono essenzialmente differenti dal fine del diritto, ed escon dai confini dello stato la efficacia e relazione loro. Quindi la vita religiosa sociale, le sfere sociali di arti, scienze ed educazione, come pure tutte le cerchie economiche nazionali della vita, trovansi in parte nello stato, ed in parte fuori. Ond' è che il rapporto fra stato e società, non è a concepirsi in modo meccanico ed esteriore, ma bensì lo si deve assumere organicamente. Nella stessa guisa che lo stato non abbraccia esteriormente la società, così non si deve manco porre la società a fianco allo stato. E la sarebbe cosa del tutto erronea l'immaginare la società siccome il tronco, di cui lo stato fosse il capo. Nè è a limitarsi la differenza loro a questo solo, che lo stato sia ad aversi in conto di potenza una *costringente* della società, e che questa per astrazione ideale si consideri come il compendio delle libere sfere sociali della vita. Se però all'intento di avere una differenza nella indicazione, bramasi nominare sociali tutte le sfere della vita, in quanto che sieno *indipendenti* e scienze sociali quelle scienze che loro riferiscono, in tal caso puossi per ciò mantenere tale denominazione. Del resto non devesi obliare essere lo stato stesso uno speciale ordinamento di società, e che quindi l'intera società umana e la scienza sociale, accogliendo in sè gli ordini tutti, abbracciano altresì lo stato e la scienza di esso.

Tutti gli speciali ordinamenti di vita e società, oltre lo stato, hanno tanto un diritto privato loro proprio, quanto anche un particolare diritto pubblico riferentesi ai rapporti di vicendevolezza ed esterni, ed interni i quali corrono fra tutti i loro membri e diramazioni in quanto spetta il raggiungere lo scopo *comune*. Però si dà un particolare diritto pubblico per la vita religiosa sociale, il diritto pubblico ecclesiastico; e così ugualmente per le scienze, arti, istruzione e pei relativi istituti, pei costumi e moralità pubblica, e per le sfere economiche nazionali.

Ma qui sorge la domanda: come mai coll'ammettere parecchie sfere pubbliche di vita e di diritto, sia dato evitare la scomposizione e lo scioglimento della vita sociale, e sia serbata l'unità del diritto e la potenza spettante allo stato? Al che si risponde: ottenersi tal beneficio, considerando rettamente lo stato quale *ordinamento uno e comune di diritto*, ordinamento che il tutto organicamente congiunge. Il diritto pubblico mostrasi organizzato, non altrimenti del diritto privato. Nella stessa guisa che i germaneschi riconobbero già da molto tempo, sussistere accanto e sotto il diritto privato *generate*, i *peculiari* diritti privati dei singoli stati; così si dà eziandio un diritto *generale pubblico* sopra i diritti *speciali* pubblici delle particolari sfere di coltura sociale (stati di vocazione, ossia di libera scelta), ed ordinamenti di personalità. Impertanto è missione dello stato il propugnare gagliardamente siffatto diritto generale

pubblico (1), serbando di tal guisa la generalità ed unità del diritto politico. Ed ora ne occorre il quesito: come mai tale unità e generalità del diritto pubblico rappresentata dallo stato, si manifesti efficace, senza che per questo spariscono gli speciali diritti pubblici delle altre sfere della vita? Ma qui pure la relazione che passa tra il diritto privato generale ed i diritti privati speciali, ne porge sommi schiarimenti. Innanzi tutto è necessario che lo stato (ma colla cooperazione delle speciali sfere) elevi i principii generali d'ogni diritto pubblico, a norma e limite per tutti gli speciali diritti pubblici. Quindi dopo siffatte norme fondamentali, convien che esso stato determini, secondo le condizioni della consussistenza e del reciproco aiuto, i rapporti di vicendevolezza di tutte le speciali sfere pubbliche della vita *fra loro*, e *fra sè stesso* ed ognuna di tali sfere della vita. Queste norme e condizioni scendono in generale dall'essenza etica dei rapporti di tutte le sfere della vita, essenza che quindi avrassi a ricercare innanzi tutto, per l'esatto regolamento giuridico. Ma ogni stato muovendo praticamente dal punto di vista politico, stabilirà esse norme secondo i rapporti sussistenti e le costumanze; e la conoscenza sociale della vita e del popolo, determinerà svariatamente i confini fra quello che deve appartenere all'ordinamento generale di stato, e ciò che fa mestieri spetti all'autonomia delle peculiari sfere della vita. Ma per quanto grande possa essere l'estensione dell'autonomia cui lo stato riconosce in una sfera della vita, od acconsente a tutte con una speciale costituzione ed amministrazione, all'intento di regolare tutte le pubbliche giuridiche bisogno; dovrà tuttavia rimaner sempre presso lui, il più *elevato* governo di tutti i rapporti giuridici, la più alta legislazione ed il giudizio supremo, però che egli sia l'ordinamento generale del diritto (2). Quinci emerge

(1) Questo diritto generale pubblico, che è rappresentato dallo stato, potrebbe esser detto *diritto di stato*, quando con tale espressione non si intendesse il diritto speciale pubblico che costituisce l'organismo e l'amministrazione dello stato. Ma in ultima analisi codesta fa è sconvenevole limitazione, avvegguachè ivi il doppio senso del concetto, risultò dal duplice lato del diritto. Onde prevenire però una confusione che potrebbe occorrere, sembra conveniente distinguere il diritto pubblico generale, dal diritto di stato preso in istretto senso.

(2) Perciò anche *Mohr* dice e saggiamente, storia della scienza dello stato vol. I, p. 100; « Pel diritto di stato emerge (dalla conoscenza della società) soprattutto il bisogno di introdurre una nuova partizione fra la dottrina della forza di stato e del suo organismo, e la dottrina degli obblighi e diritti civili di stato degli individui, nella qual partizione si avrà a trattare dell'intero rapporto di stato, cioè della forza d'unità d'esso in confronto alle diverse conformazioni sociali, dipartendosi però dal punto di veduta giuridico. Codesto deve avvenire in due diverse relazioni. Innanzi tutto fa mestieri stabilire fondamentalmente, in qual guisa lo stato abbia a comportarsi in faccia agli scopi ed alle organizzazioni accidentali della società, cioè se debba

bastevolmente come mercè siffatto concepimento, non venga per nulla affievolita l'unità di diritto, come appunto dessa non è tolta dalla potenza dello stato (1). Impertanto emerge nelle conseguenze pratiche, unito a tal concepimento giuridico, il principio che non ammette una differenza essenziale fra la società e lo stato, ma che tuttavia tende ad una meta simile, sendo che esso principio richieda una vita organata in tutte le principali direzioni e sfere della vita, onde assicurar loro la relativa e convenevole indipendenza. Del resto noi abbracciamo la distinzione fra stato e società, anco perchè la è dessa utilissima ad un giusto e pratico trattamento di tutti i rapporti. Ma allo intento che il rapporto fra stato e società si faccia chiaro, e non rimanga una vana parola la relativa indipendenza delle sfere speciali della vita, e in oltre venga determinata la partecipazione d'ogni membro all'efficacia del tutto; è necessario 1. esporre l'*organismo* del diritto pubblico, 2. applicare nella vita pubblica il vero principio della *rappresentanza*.

§ 3 L'organismo del diritto pubblico.

Più e più fiate noi esponemmo la nozione dell'organismo tanto nel diritto generale, come nello stato, ed indicammo in oltre come nello stato tutti i membri e le parti tutte sieno congiunti fra di loro e collo insieme onde cooperare all'adempimento dello scopo comune, però che in questo raggiungano eziandio il loro fine speciale. Anco il diritto pubblico si divide ugualmente del diritto privato, perciò 1. secondo le sfere di *personalità* (individui, matrimonio • famiglia, comune, società della nazione e delle nazioni), 2. giusta le operose sociali sfere di coltura ossia *stati*,

porsi in un sistema di promozione, di limitazione o cangiamento. Quindi si svolgerà il diritto ed il dovere che spetta allo stato, di conservare rapporto, ordine e diritto fra le singole sfere sociali. » Tale veduta riscontrasi (come l'ammise lo stesso Mohl nella sua critica dell'opera inserita negli annali di Heidelberg 1840) nella prima edizione francese della mia filosofia del diritto del 1839 (t. II. Droit public.). Io feci pure avvertire nella mia « scienza organica di stato » 4850, prefazione p. XVI che nella seconda suddivisione, conveniva fosse il rapporto tra lo stato e le sfere sociali di coltura, religione e chiesa, ecc., svolto in guisa che in lui avessero ad essere determinati e stabiliti i diritti e doveri reciproci, colmando con ciò una vera lacuna. Sulla maniera di trattamento conveniamo perciò Mohl ed io, e potrebbe darsi anco maggiore accordo, avvegnacchè Mohl ammetta come missione dello stato, il principio di promuovimento positivo, principio che fondamentalmente ritrovasi nella massima giuridica per noi propugnata.

(2) Le obiezioni che Bluntschli mi fece intorno a tale rapporto, nella rivista critica, vol. 2. p. 247, appoggiandosi ad un equivoco, avvegnacchè il concepimento dello stato che lo lumeggia pur sempre, siccome l'*ordinamento del diritto uno generale* (ed anco complessivo) venne da lui o trascurato, oppure non sufficientemente apprezzato nelle conseguenze naturali.

in guisa però che ambo i membri di questa bipartizione si tocchino in tutti i lati vicendevolmente, sendo che tanto l'individuo, quanto la famiglia ed il comune abbiansi a riassumere secondo tutte le sfere operose di cultura. La è questa la antitesi del vero *libero* e completo organismo, contro la parziale *forzata* organizzazione del medio evo; poichè al presente qualsivoglia persona fisica o morale, sebbene appartenga in ispecial modo ad uno stato a motivo d'una operosa vocazione predominante, sia religiosa, scientifica, d'educazione o d'economia, tuttavia non viene assorbita in tale stato completamente. Ma siccome dessa persona rimane pur sempre parte dell'ordinamento generale del diritto, così può anche per diritti ed obblighi porsi colla propria efficacia a contatto di tutte le altre sfere di cultura. Facciamoci a considerare isolatamente ciascuna delle due specie delle pubbliche sfere di diritto.

1. A tutte le sfere di personalità è inerente tanto un diritto privato, come un diritto pubblico (1).

a) Alla *persona individuale* spetta la sfera di diritto pei di lei scopi speciali, cui può soprattutto raggiungere liberamente, ed appartiene anco la sfera pubblica giuridica per la cooperazione allo *scopo comune*, tanto dello *stato* da cui derivano ad essa persona i diritti di stato, i quali nello stesso tempo hanno ad essere concepiti e determinati come doveri; come anco delle sfere speciali di *società* da cui scende la propria sfera pubblica di diritto, di religione, scienze, arti, istruzione ed economia.

b) Anco la *famiglia* non è solo una sfera di personalità privata giuridica, ma ben anco pubblica giuridica, e converrebbe avesse maggiore importanza e nello stato, ed in tutti gli ordinamenti pubblici sociali. Non soltanto gli individui, come vuole una astratta ed atomistica scienza di stato, che crede lo stato formato da individui come da atomi, ma anco le famiglie come tali avrebbero ad essere prese in considerazione nei loro capi, in tutte le maniere di rappresentanza, e così pure nel consiglio di famiglia converrebbe essi capi fossero tenuti per autorità aventi influenza nella vita pubblica.

c) Il *comune* (2) gli è il vincolo complessivo locale e permanente che abbraccia la vita de' suoi membri, secondo tutti i rapporti speciali e scopi, ed ha secondo tutte queste relazioni un lato privato giuridico (che però non è ristretto soltanto ai rapporti d'utilità), in quanto essi mein-

(1) Quanto io innanzi avea espresso in modo determinatissimo, viene ora propugnato anco da Held, sistema del diritto di costituzione degli stati monarchici, 1886, p. 14; « Tanto lo stato, come ogni individuo ad esso attinente, hanno una duplice personalità, una pubblica ed una privata » — o più esattamente: ogni personalità fisica o morale ha un lato pubblico giuridico, ed uno privato giuridico.

(2) Vedi intorno il comune, un eccellente articolo nel tedesco trimestre del 1886, fasc. 3.

bri vengono pei loro scopi regolati in principal modo giusta la loro autonomia, ed ha poi anco un lato pubblico. Il comune gli è anch'esso un *membro* dello stato, alla vigilanza del quale trovasi sottoposto, e prende parte ad importanti funzioni pubbliche, e dovrebbe avere anche diritti pubblici determinati (p. e. nella rappresentanza). Egli è altresì un'organizzazione per tutte le altre sfere della vita e degli scopi, per il che quale comune esercita diritti e adempie doveri: *a*) in riguardo a religione e chiesa, avvegnachè per mezzo di contribuzioni ha cura di queste istituzioni ed ove trattasi di fabbriche di chiesa, cimiteri ecc. assume un carattere di abilitato o di obbligato; in oltre secondo una costituzione ecclesiastica (p. e. l'evangelica), può esercitare un diritto nella elezione ad uffici di chiesa (per la scelta od approvazione del predicatore); *b*) per quanto spetta ad arti e scienze, e specialmente all'istruzione e all'educazione, col provvedere alle scuole; *c*) per la custodia e promozione della pubblica moralità; *d*) in particolar guisa riguardo a'scopi economici, avvegnachè il comune qual importante vincolo locale economico convien intenda alla produzione primitiva (lochè è special cura del comune campestre), ovvero alle industrie tecniche o del commercio (missione particolare del comune urbano), oppure alla consumazione, e ciò per mezzo d'istituzioni e norme comunali (istituti comunali di credito, polizia di mercati ecc.); *e*) in quanto è attinentemente agli scopi generali umani, col provvedere alla beneficenza generale per le vedove, orfani, poveri ed ammalati; al quale intento convien si studi che il provvedimento per questi scopi generali umani (non proibito alla cooperazione de'privati), non spetti soltanto alla disordinata cura della beneficenza privata, nè esclusivamente sia affidato a direzioni di confessioni.

I comuni distinguosi in *campestri* ed *urbani* secondo che rappresentano maggiormente l'antitesi della vita naturale e spirituale; quindi nel comune di campagna predomina la forza della natura, mentre invece il comune di città riunisce ogni operosità la cui caratterisca manifestazione si è spirituale, in guisa che nello stesso comune trovansi accolti, tanto l'energia tecnica industriale, quanto il commercio, come altresì tutte le rimanenti sfere spirituali d'azione. Il comune di città dividesi secondo che esse città sono piccole, medie o grandi; dal qual parlimento sono porle le gradazioni della forza ed efficacia spirituale di siffatta istituzione (mercè scuole basse e medie, ginnasio, università, oppure elevati istituti tecnici; per mezzo della piccola e grande industria, per mezzo di parrocchie, di più elevate autorità spirituali). A questi diversi naturali e spirituali rapporti dei comuni, convien risponda eziandio il giuridico regolamento politico. Gli è dunque erroneo consiglio quello di foggare tutti i comuni sullo stesso tipo e di organizzarli indistintamente secondo uguali principii giuridici politici. Chè devesi fare somma differenza fra co-

mune di campagna e di città, e come trattasi di comuni urbani, occorre per lo meno distinguere quelli delle piccole città, da quelli delle grandi. Nei comuni di città fa mestieri che predomini in genere la libertà nei rapporti i più interessanti, cioè libertà d'industria, di commercio, di domicilio e di matrimonio. In quelli di campagna invece, il vincolo, il diritto comunale manifestato dal carattere de' rapporti della natura, convien lo si colga al fondo ed al suolo, dal che ne scende essere il cambiamento di domicilio essenzialmente limitato.

d) Il *popolo* oppure quel vincolo complessivo determinato dalla comune derivazione della lingua, il quale è ad un tempo una sfera di personalità abbracciante tutti gli scopi di coltura, si manifesta siccome un pubblica essenza giuridica tanto in modo interno in tutte le proprie diramazioni principali, le quali in guisa eminente ritrovansi sopposte in giuridica dipendenza al comune ordine del diritto, cioè allo stato; come in modo esterno, quale personalità nell'internazionale legame.

2. Come già s'ebbe ad esporre, ognuna delle sfere della vita dirette all'effettuazione di uno scopo principale, ha il proprio diritto *pubblico*, cui convien concepire anche organicamente secondo tutti i rapporti condizionanti di esse sfere, ed in relazione allo stato. Per ordinamento economico indicasi a sufficienza nel diritto privato, come esso richiegga contemporaneamente un regolamento pubblico giuridico, un' *organizzazione* nelle associazioni d'agricoltura, d'industria, di commercio, e ne' consigli, camere e giudizi relativi. Il diritto pubblico di scienze, arti, istruzione e della moralità, trovasi ora retto solo dallo stato, sì che le sussistenti istituzioni di tal natura, sendo da questo dipendenti e mantenute, perdettero ora del tutto quella indipendenza di che per lo passato alcune di esse (p. e. le università) godeano. E quantunque faccia mestieri serbare mai sempre il diritto pubblico dello stato, tuttavia può farsi luogo ad un organismo in cui entri maggiormente l'associazione. All'incontro la *chiesa* cristiana mercè quella sua indipendenza storicamente acquistata e mantenuta per il comune scopo religioso, ha un diritto pubblico riconosciuto, al quale spetta arrecare beneficio di larga indipendenza alle chiese evangeliche nate dalla riforma, e cadute in troppo grande sommissione alla forza dello stato. Siffatto diritto pubblico ecclesiastico abbraccia l'insieme delle norme che regolano in costituzione ed amministrazione, i rapporti di vicendevolezza di tutti i membri della comunità religiosa. Finalmente è proprio dello *stato*, quale ordinamento specialmente inteso allo scopo del diritto, un particolare diritto pubblico (diritto di stato nello stretto senso), abbracciante il complesso delle condizioni necessarie alla sussistenza e sviluppo di esso stato, condizioni le quali hanno ad essere stabilite nella costituzione dei rapporti di vicendevolezza, e per l'efficacia comune di tutti i membri e dell'intero organismo dello

stato. Ma lo stato a motivo della sua *giuridica* universale relazione con tutte le sfere della vita, gli è ad un tempo l'ordinamento *generale* del diritto, e per conseguenza gli corre l'obbligo di serbare il diritto *pubblico generale*, in tutti i pubblici diritti speciali. Ma codesto deve effettuarsi in guisa che anco le speciali sfere di diritto pubblico, possano elevare efficacemente le loro pretese ad una uguaglianza generale, e che ad un tempo si faccia palese nello stato, un organico ed operoso congiungimento fra tutti i rami dell'ordinamento sociale. Quindi il domando d'una vera pubblica *rappresentanza* rispondente allo scopo, rappresentanza là quale a motivo del suo molto interesse, vogliamo in breve partitamente trattare.

§ 6. La rappresentanza nel diritto pubblico.

Il principio della rappresentanza nel diritto pubblico ha lo stesso fondamento su che essa appoggia nel diritto privato, che si è il provvedimento per altre persone ed interessi, provvedimento abilitato ed imposto dalla umana consussistenza e dal vicendevole sussidio. Come tale nozione venne già nel diritto privato applicata ben più largamente che non fosse il caso presso il diritto romano, e questo mercè i germanici costumi e modi di assumere il diritto; essa nel diritto pubblico ne condusse al vero sistema rappresentativo, sconosciuto all'antichità. L'origine di questo sistema è a ripetersi esclusivamente da ordinamenti germanici (come già insegnò *Montesquieu*), nè solo dal cristianesimo e dalle sue più antiche adunanze come opinano alcuni valenti letterati de'nostri giorni (*Zuccharia, Villemain* ed altri), ma bensì da entrambe quelle fonti. Il cristianesimo colla nozione della rappresentanza, e tale osservazione non s'è fatta per anco, che in lui è di sommo momento, agevolava senza dubbio la pratica applicazione di siffatta nozione, in tutta la vita umana, e nelle sue più remote ragunanze, mercè depulati spediti dalle diverse comunità ecclesiastiche, e porse anco all'ordinamento politico un modello per simili assemblee. Ma non meno che nel cristianesimo, ritroviamo nella prisca vita germanica non ancor cristiana, de'consigli comuni composti di inviati de'diversi popoli germanici. Per il che veggiamo le origini essere ad un tempo germaniche e cristiane, e svolgersi colla vita, finchè la scienza ne afferrò e sviluppò sistematicamente il principio, applicandolo alla vita di stato. Del resto qui pure la recente scienza di stato, andò errata in diversi importanti riguardi, a motivo del di lei carattere astratto. Ed in vero per essa si concedettero soverchie facoltà alla rappresentanza, sconoscendosi invece di troppo il sommo principio fondamentale dell'autonomia e dignità personale di tutti i membri e rami dello stato e della società esercitanti liberamente i loro propri diritti. In oltre si incappò anco nell'errore di non determinare debitamente la rappresentanza, per mezzo del concetto

obbiettivo dello stato e del suo scopo, nonehè dei superiori obblighi e diritti indi venienti, i quali trovansi al di sopra della volontà e delle risoluzioni d'una rappresentanza. La è cosa indubitata che una direzione astratta scientifica e politica propugnò la onnipotenza della rappresentanza la quale per le oscillazioni della propria forza d'arbitrio, divenne pericolosa alla sussistenza dell'ordinamento di stato, nonehè alle di lui fondamentali condizioni e parti integrati. Del resto non si deve ritornare alla rappresentanza degli stati antichi, nella quale lo scopo pubblico giuridico venne concepito quasi del tutto in senso privato giuridico avvegnachè tali antichi stati non rappresentassero la totalità del popolo, ma soltanto interessi speciali, parte mercè abilitazione propria (come tante famiglie abilitate da sè stesse), parte dietro incarico di elettori, alle istruzioni de'quali la rappresentanza era legata come il privato mandatario giuridico. Il medesimo progresso che fece lo stato il quale dagli speciali interessi ed organismi del medio evo, si elevò ad ordinamento generale venne raggiunto proporzionalmente anco del sistema rappresentativo, movente dell'unità e comunità dello stato, sistema che ora non tien più legato il rappresentante ad istruzioni, ma gli impone di aver per norma il bene od interesse comune, il tutto dello stato. Pure il sistema della rappresentanza, quale dominò fin qui in teoria ed in pratica, fa d'uopo sia cangiato nei punti principali. Convien si assieuri il rispetto alle condizioni fondamentali dell'ordinamento di stato, le quali deggiono aver luogo nella costituzione; si pongan in sicuro i diritti necessari e non mutevoli inerenti ai membri ed organi dello stato: ed in generale si guarentiscano tutte le sfere giuridiche nel diritto privato e pubblico, dall'arbitrio e dai trascendimenti della nozione di rappresentanza. In oltre la rappresentanza deve essere organizzata in altra maniera.

Ma preso in sè, il principio della rappresentanza non fonda soltanto sulla *storia*, e non è solo richiesto imperiosamente dalla moderna civiltà, ma gli è altresì il vincolo etico *organico* più importante, in tutta la vita di nazione e di stato. Non altrimenti che nel corpo organico animato, tutte le parti, funzioni ed organi principali trovansi congiunti da nervi che vengono da ogni parte, e ad ogni parte muovono, e che gli stessi nervi mediatori devonsi concepire uniti in speciali centri congiungenti; così nell'organissimo etico e libero dello stato, occorre al promovimento dello scopo dello stato e dell'attività dello insieme, che tutti i membri ed organi dello stato siano riuniti allo intero in diverse gradazioni, per mezzo di membri mediatori partentisi da essi organi.

Però il carattere etico della rappresentanza distrugge già preventivamente tutte le false nozioni. La rappresentanza non è una partecipazione di governo. Essa mercè una complessiva riunione di forze spirituali e morali muoventi dai singoli organi dello stato, intende ad esporre nel-

l'estrinsecazione del potere dello stato, i bisogni e gli interessi pubblici cui si sforza armoneggiare pel bene dello insieme. Di più avvisa a serbare e ringagliadire il senso comune, nonchè la potenza di stato, ed a farsi organo rispondente alla costituzione, allo scopo di serbare la posizione giuridica di tutte le parti, e finalmente ad essere l'espressione della progressiva accoslumatezza, tanto importante per lo stato. Mediante siffatto concepimento elico ed organico della rappresentanza vien questa purgata dalla accusa, che falsamente le si appone, di *diffidenza* verso il potere dello stato, così pure si elimina la veduta che solo in modo subordinato è vera, per cui si concepisce essa rappresentanza solo meccanicamente qual contrappeso. Ed in vero la rappresentanza deve operare di conserva col potere dello stato, avveguache dessa per propria essenza e scopo tenda parimenti al bene del tutto, e tal potere convien propugni e ravvalori nell'armoneggiare le opinioni, le condizioni, i mezzi e le vie. Ma perchè la rappresentanza risponda al proprio assunto, è necessario che si formi una pubblica opinione che lei giudichi circa l'adempimento dei doveri suoi, onde di tal guisa si ritrovi moralmente responsabile, elevandosi perciò l'efficacia di essa rappresentanza a *pubblica* energia.

Devesi considerare la rappresentanza secondo le sue gradazioni e specie, nonchè a tenore delle maniere ond'essa si forma e stabilisce.

1. Le gradazioni della rappresentanza sono porte dalla serie de'rami della vita pubblica. Qual grado inferiore, offresi il *consiglio di famiglia* cui fa mestieri dar vita, oppuer (come sussiste in Francia) organizzare meglio ed estendere; consiglio nel quale i rappresentanti sono indicati dai rapporti naturali e morali di parentela. Per consuelo i consigli e le conclusioni di siffatta rappresentanza, non devono essere riconosciuti nè ammessi oltre il circolo di famiglia. — Il secondo grado si è la *rappresentanza del comune*, la quale dovrà sussistere necessariamente in ogni stato incivilito, e per cui fa mestieri una determinata pubblicità (pubblicità che se non si volesse acconsentire alle sedute, dovrebbe pur sempre recarsi sopra i risultamenti delle consulte e delle decisioni). — Il terzo grado principale, fatta astrazione dalle gradazioni intermedie, si è la *rappresentanza*, che è indeclinabile in ogni gran stato, come quella che trovasi essere importantissima. — È manifestazione di elevatissima civiltà popolare, la *rappresentazione complessiva*, completa d'un popolo e d'un paese mercè una assemblea universale. E tale venne preparata nei puri stati tedeschi col mezzo de'priscihi stati provinciali, i quali ora sono in generale riconosciuti di fatto e giuridicamente. Difficile riesce però l'incarnare siffatto principio, ove trattasi di stati d'una storica civiltà, e composti di svariate nazioni, nel qual caso quando il sentimento d'unione di tali popoli, e la loro seria volontà di tenersi uniti, acconsenta una rappresentanza comune, dovrassi introdurla ma solo limitatamente, ed in maniera

che non ne abbian nocumento l'unità e la complessiva sussistenza dello stato, nonchè la condizione fondamentale dell'adempimento della elevata storica missione.

2. La rappresentanza deve aver luogo con acconcia gradazione, in tutti gli stati di vocazione esistenti, e socialmente organizzati per i principissimi scopi della vita. Per gli scopi economici, come abbiamo già indicato, la rappresentanza ritrovasi nel consiglio d'associazione, nelle camere e nei giudizi dello stato d'agricoltura, d'industria e commercio. La rappresentanza ora accennata può aver luogo cziandio per gli altri stati di vocazione delle scienze ed arti, i quali fin qui furon ben poco organizzati, e può attuarsi in un consiglio d'associazione che abbia cura degli interessi di questi stati, e che nello stesso tempo funzioni qual consiglio disciplinare.

3. Il rannodamento organico di tutte le ramificazioni principali della vita di stato e di società, conduce pure ad un'altra importante specie di rappresentanza, la quale venne svariatamente incarnata dalla vita pratica. Dessa la si deve esercitare per mezzo d'assessori (talvolta anco presidenti), i quali rappresentano quegli ordinamenti ed organismi, che nelle amministrazioni e giudizi d'altri ordini, devono aver cura d'un interesse e d'un diritto. Siffatto diritto della rappresentanza può attuarsi da assessori stabili, o da temporanei incaricati d'uno special affare. La vita pratica riconosce la rappresentanza ne' giudizi misti delle cause matrimoniali de' paesi protestanti, negli assessori giurisperdenti o nei presidenti delle camere e giudizi di commercio ed industria; e la ravvisa altresì tenendola però transitoria, negli assessori a cui l'autorità di stato affida la cura dell'interesse pubblico, nelle adunanze generali delle grandi società per azioni. Esse rappresentanze sono necessarie sempre quando in un ordinamento di società relativamente indipendente, deggionsi considerare gli interessi di un' altro ordine di diritto, specialmente dello stato; il che appunto s'effettua meglio ed immediatamente per mezzo di tali assessori, di quello che non ottenga di poi, colle autorità ed istanze.

4. Nello stabilire la rappresentanza elettiva, e non veniente da rapporti naturali morali, come nel consiglio di famiglia, e non fondata istoricamente e positivamente in modo giuridico dallo stato, come è il caso dell'alta nobiltà in Germania, convien per massima preferire la specie *diretta* di elezione, appunto per l'immediato rapporto corrente fra elettori ed eletti. Tuttavia convien farsi luogo alla maniera *indiretta* d'elezione, ogni qualvolta trattisi di un popolo che si ritrovi in basso grado di incivilimento, nel qual caso essa maniera può aversi per la propeudeutica alla futura diretta elezione; ed userassi la diretta anehe nel caso che sia sommamente esteso il diritto di votazione, sendo allora a desiderarsi una severa eribrazione de' voti.

8. In riguardo alla composizione, la rappresentanza verrà riunita in assemblea, in tutte le speciali sfere di personalità, nel consiglio di famiglia, nel comunale e provinciale, come pure in tutte le sfere sociali di stato, appunto perchè in tal caso trovasi rappresentata soltanto una parte dell'organismo di società. Ma nell'ordinamento generale di diritto e di stato, fa mestieri che la rappresentanza sia partita in duplice adunanza (non in numero maggiore) secondo il noto sistema delle due camere. Oltre i motivi cui devonsi indicare partitamente, propugnano tal sistema anche delle ragioni storiche, avvegnachè ne' comuni dell'antico popolo germanico, la consulta venne bipartita, riunendosi da un lato i principi (*principes*), e dell'altro i comuni; ed anco molto dopo occorrono divisioni conformale agli stati, comunque non fossero poi opportune. Lo propugnano altresì delle ragioni di convenienza scendenti sempre da giuste massime fondamentali. Per tal partimento si elevarono diversi principii, ed in ispecie venne posta per base appo ogni popolo ed ogni stato, la distinzione fra l'elemento aristocratico ed il democratico, elementi che richiedettero speciale rappresentanza.

Il *bipartire* la rappresentanza in due camere, scende come conseguenza di tal nostra teoria, dalla distinzione dell'ordinamento *generale pubblico* del diritto e dello stato, e degli *speciali pubblici* ordini giuridici di stato, i quali quantunque abbiano indipendenza d'operosità nelle loro particolari cerchie di vita, allo intento delle mete cui aspirano, tuttavia convien vengano anche diretti e protetti dallo stato secondo il principio del diritto. Per la qual cosa nell'una camera il diritto è attuato immediatamente in sè per sè nella propria sua unità e generalità; mentre nell'altra riceve applicazione in modo mediato secondo il suo rapporto con tutti gli scopi sociali di vita e di vocazione (1). Ed in base a tale veduta an-

(1) Questa teoria venne già sviluppata nella mia scienza organica di stato p. 181 e seg. Pözl trovò di obiettarvi nella rivista critica vol I. p. 281. che la distinzione fra lo scopo diretto di stato, e l'indiretto, sembragli arbitraria; avvegnachè anco nol promuove la moralità, le scienze e le arti, havvi interesse di preservare la *totalità*. Ma tale opposizione di Pözl contro la specie di divisione, parte dal non conoscere l'indicata distinzione essenziale della maniera con cui lo stato debba curare il diritto, e provvedere agli altri rami di cultura. Per quanto riguarda la ramificazione della rappresentanza, attualmente *Mohr*, almeno come principio, esprime la stessa opinione che svolsi nella mia scienza organica di stato lorchè egli luo. cit. vol I. p. 288 dire; « Era del tutto erroneo il concepire il popolo, siccome una massa uniforme atomistica di individui posti gli uni vicino agli altri, mentre invece è desso formato da un gran numero di sfere sociali, le quali se come *totalità* hanno diritto ed interessi comuni, come diversità, richiedono il rispondente volere e possanza. Per il che dalla scienza della società emerge il bisogno di formare la rappresentanza del popolo secondi i due rispetti bensì distinti ma non inconciliabili, del riconoscimento di tutte le *specialità* di fatto, e del

che il popolo è rappresentato in una camera quale persona morale, nella sua *unità* giusta le gradazioni delle sfere della persona; e nell'altra, lo è secondo la sua natura di interna ramificazione di stato. Ogni legge vuole la concordanza di votazione di amendue le camere, affinché gli interessi sieno regolati tra di loro, e per mezzo del principio generale del diritto. Diversa deve essere altresì la formazione d'ognuna delle due camere elettive. La prima camera sarà composta per elezioni, le quali, indipendentemente dalla ramificazione di stato della società, hanno luogo secondo determinati partimenti locali, ne' quali per l'esercizio d'elezione e per l'eleggibilità, devonsi porre solo delle condizioni generai naturali, spirituali, morali, riferentisi alla personalità. La camera degli stati viene all'incontro formata da elezioni degli stati. In questa camera, a motivo della natura de' rapporti che possono venir protetti da un modo d'elezione, saranno rappresentate le personalità che emergono in uno stato, e la loro posizione, cioè gli elementi aristocratici nel lato senso della parola. E la politica in armonia a siffatto principio, deve e può secondo i conereti rapporti di uno stato, accanto agli stati di vocazione novellamente organizzati, accordare all'alta nobiltà di nascita storicamente abilitata, quella posizione che le si addice, per mezzo di rappresentanti personalmente abilitati, od eletti.

Di tal guisa sarà veramente *organica* quella rappresentanza, per la quale si ha riguardo tanto all'*unità* del popolo e dell'ordinamento del diritto, quanto anche alla specialità degli stati e degli interessi loro. E dessa servirà di appoggio al governo, il quale siccome dirige ed organicamente congiunge in sé tutti i poteri qual potenza superiore, deve regolare e guidare eziandio la vita di stato, secondo il più elevato concepimento totale de' rapporti interni ed esterni. In oltre serve ella di vero legame organico nella vita di stato e di società, per gli individui e gli speciali ordinamenti fra di loro e col tutto, e mantiene fra essi il regolato processo di vita. Di più serve di vivente mediazione tra il diritto privato ed il pubblico; e soventi fiate è chiamata a stabilire i confini

tutto abbracciante ogni elemento. » — Giusto questo sistema era divisa in due camere anche la rappresentanza nella riformata costituzione annovaresa del 1848, ove si ebbe ben poca considerazione nella camera degli stati, alle storiche esigenze della nobiltà. — Del resto credo essere stato io il primo dei tedeschi scrittori (già prima di Giemond), che (nella filosofia del diritto-elevasse il principio fondamentale della rappresentanza degli *interessi*. Giac) *Liibe*, cui Nohl luog. cit. p. 284 cita innanzi tutto nella sua opera « Il fondamento della nobiltà, » 1844 p. 117 e seg., trasse dalla mia filosofia del diritto scritto in francese, tanto il principio del diritto, come della rappresentanza, o quella mia opera, per suo eccitamento, venne tradotta in tedesco a Brunswick.

(non determinabili per tutti i rapporti) tra quello che deve essere riservato alla privata autonomia de' membri, e quanto conviene assoggettare alla determinazione e dominio del pubblico potere, però che riguardi i rapporti di vita e della costumatezza di un popolo.

Per il che questa rappresentanza ha eminentemente luogo nel potere *legislativo*. Ma oltre la di lei importanza non deve estendersi la espressione sua, anche nelle principalissime sfere d'amministrazione, ed in tutte le altre pubbliche sfere della vita. Conviene in oltre che essa sia rivestita della pubblicità animatrice, che sostenga lo spirito pubblico, e questo difonda secondo le direzioni più essenziali, quando sia difettiva quella superiore rappresentanza.

La pratica condizione fondamentale del ravvivamento del senso comune, dell'amore al tutto, della civiltà e del riguardo al bene e scopo dello insieme, si è eziandio la pubblica direzione in tutte le sfere della vita, direzione cui è forza alimentare mercè l'organo della rappresentanza pubblica nella quale noi l'abbiamo riposta. Ove la vita pubblica scompare, ove gli individui vengono atomisticamente abbandonati a sè stessi, onde si raggruppano solo in rispondenza alla legge della causalità degli interessi individuali; ivi possono lussureggiare moltissimi interessi privati, e parecchie passioni, ma il senso morale e giuridico dell'insieme, la nobiltà e fermezza di carattere, il cooperare a scopi elevati generali, tutto questo sarà spento dall'egoismo, e dalla tendenza di rifarsi nella vita privata fino al punto non divietato da leggi positive, dai beni e dalle gioie mancate per le esigenze della vita pubblica. E propriamente la *monarchia* adombrante l'unità, la solidità e la decrevolezza dello stato; basata sulla storia de' popoli inciviliti d'Europa; mantenuta e santificata dai costumi e dalla simpatia popolare; acconcia soprattutto a conservare il bene dello insieme; la monarchia che è in ispecial modo pubblica istituzione, adempirà alla propria missione del bene de' popoli, mercè l'operoso cooperare di tutte le sfere pubbliche.

SECONDA PARTIZIONE.

IL DIRITTO INTERNAZIONALE PUBBLICO (1).

§ 1. Concetto e punto di vista della trattazione.

I. Concetto. Il *diritto internazionale* è in genere il compendio delle norme che regolano i rapporti di vicendevolezza dei popoli, secondo le

(1) Pel diritto internazionale torna utile l'opera di Heffler: *Il diritto internazionale europeo dell'epoca nostra*, 3 ed. 1856; per la storia Wheaton, *Histoire des progrès du droit des gens*, Paris et Leipzig, 2. vol. édité. 3, 1853

condizioni della consussistenza, e del reciproco aiuto e traffico. Ma i popoli ritrovansi in siffatti rapporti, dall' un canto come persone morali (conformate più o meno a stato) a motivo della loro unità ed interezza; e dall'altro lato, secondo la quantità degli individui, i cui rapporti giuridici escono, anche pel traffico, dai confini della cerchia propria allo stato al quale essi appartengono come cittadini. Per la qual cosa havvi un duplice diritto internazionale: 1. Il diritto internazionale *pubblico*, il quale pone le norme per lo scopo complessivo, cui ogni popolo nei proprii rapporti comuni, s' affatica raggiungere. 2. Il diritto internazionale *privato* (*droit international privé*), il quale determina le regole per i fini speciali, cui si hanno a raggiungere dagli individui dei diversi stati, nelle loro vicendevoli relazioni.

Questo diritto internazionale *privato* (1), il quale tratta specialmente le quistioni importanti e difficili, concernenti i limiti dell' applicazione del diritto privato d'uno stato, nei rapporti di diritto privato che vengano fondati in esteri luoghi, o che riguardano individui o stati stranieri; tale diritto venne determinato in armonia a diversi principii regolatori. Nè vetusti tempi della storia germanica, il germanico senso di giustizia, avea elevato pei popoli soggetti, il sistema dei diritti personali. Nel medio evo col formarsi e svolgersi della grandezza territoriale, invalse il principio unilaterale territoriale. All' incontro nelle recenti età si introdusse come norma, la massima d'amicizia de' popoli, *comitas nationum*. Ed anco in questo campo, le importanti basi generali potranno venir poste dal vero principio del diritto, principio il quale richiede tanto l'indipendenza e l'autonomia dello stato quale persona morale, come la cooperazione ed il promovimento giuridico dello scopo di altri stati, in quanto essa cooperazione sia sovente un mezzo necessario al ristoramento del diritto (ciò che *Mohl* luo. cit. p. 432, rilevava specialmente nei rapporti internazionali, per la *costrizione giuridica*).

Il diritto internazionale *pubblico* (detto anche diritto degli stati, e *droit international*), i cui caratteri fondamentali è nostro dovere di qui esporre, può e deve come qualunque ramo di diritto privato e pubblico, essere trattato e assunto da un duplice punto di vista, cioè dal punto di vista *filosofico*, da quello *conforme all'esperienza* (storico, statistico e positivo giuridico), e dal *politico*.

per la letteratura e le principali quistioni: *Mohl*, luo. cit. p. 337-450, e *Laurent, Histoire du droit des gens*, di cui fin ora furono pubblicate 4 vol. Gand 1850-1854, opera che in generale è piuttosto una storia filosofica della civiltà umana.

(1) V. per la letteratura e le quistioni principali: *Mohl*, luo. cit. p. 441-454. Per la letteratura deve aggiungersi: *Bornemann*, discussione nella sfera del diritto prussiano 1854, e *Anger* nel suo; Sistema del diritto privato generale austriaco, p. 149-210.

Il diritto internazionale *filosofico* sviluppa le relazioni giuridiche e le norme della condizionata coesistenza e del vicendevole aiuto, relazioni che fondano sulla stessa base di esso diritto internazionale filosofico, cioè sul concepimento razionale degli organici etici rapporti di vicendevolezza, sussistenti obbiettivamente fra i popoli quali membri della umanità. Anche in questo campo la filosofia del diritto lueggiò parimenti principii veramente cristiani ed umanitarii, manifestando altresì nelle grandi scuole filosofiche di diritto la di lei pratica importanza. Ilugo *Grotius* colla sua opera *de jure belli ac pacis* 1625 (unita all' altro suo anteriore lavoro, *de mare libero* 1609), nella quale sono più e più fiate esposte le esigenze de' pensatori e le prescrizioni del cristianesimo, ed in cui il principio della socialità viene elevato a norma regolatrice; *Grotius* con esso scritto formò un codice del diritto internazionale, cui consultano e pregiano di molto gli uomini di stato. Si diffusero anco maggiormente le opere della scuola Wolfiana, propugnatrici del principio che intende al perfezionamento ed al bene, e fra di esse quella chiara e stringata di *Vattel* (svizzero), *Droit des gens*, 1758 (di cui si fece un' edizione francese da P. Royer-Colleard, Paris 1833, ed una traduzione inglese da I. Chitty, Lond. 1834), la quale rimase fin qui il compendio della diplomazia di tutti i popoli incivilti. La scuola kanziana a motivo dell' astrattezza delle sue teoriche, si estese di meno, quantunque i lavori di *Martens* e *Klüber* scritti in francese, vennero in sufficiente pregio anche fuori della Germania. Sembra però poter sperare pratico favore un metodo di trattazione animato da spirito filosofico ed investigatore dei rapporti di fatto, quale venne data da *Heffter* che seguì il miglior carattere della filosofia di Hegel abbracciante i rapporti obbiettivi, nella sua opera « il diritto internazionale europeo dell'attualità, » 3. ed. 1856. Rimane tuttavia il bisogno d'uno sviluppo scientifico più profondo de' principii fondamentali, nonché il riempimento di parecchie lacune.

Il *diritto internazionale positivo* appoggia, secondo le sue fonti, non sopra leggi formali, ma sull' uso di diritto internazionale, formato dal progredire de' costumi cristiani ed umani, quindi sul diritto di *consuetudine*, sulla autorità della *scienza*, e finalmente sopra *stipulazioni* le quali hanno solo per le parti contraenti natural forza obbligatoria, e che in difetto di costruzione giuridica, manifestano in generale soltanto condizionata efficacia per mezzo del rispetto morale de' contratti, e delle relazioni di diritto internazionale.

La *politica* del diritto internazionale (cui si deve ben distinguere dalla politica di uno stato al di fuori), la è quella fondata sulla base del diritto internazionale positivo, i di cui principii essa deve considerare come vincolanti nelle relazioni, però secondo le più elevate esigenze filosofiche che essa deve conoscere; e che appoggia in oltre sulla scienza e

sulla pratica conciliatrice dei dati rapporti e dei bisogni della cultura perfezionatrice e del progresso. Essa si congiunge altresì al diritto internazionale filosofico o al positivo, e però fa meslieri venga separata tanto dai principi generali, quanto dal diritto ora vigente. Di tal guisa il filosofo diritto internazionale domandò già da molto tempo, venisser parificate giuridicamente e fondamentalmente la guerra terrestre e la navale; il diritto positivo trovasse all'incontro con ciò in aperta contraddizione; e la politica tuttavia richiese un sommo ravvicinamento tra la scienza e la pratica, ravvicinamento che venne pure in questi ultimi tempi riconosciuto dagli Stati Europei, mediante l'accordo di marzo del 1856.

§ 2. Prospetto dello sviluppo del diritto internazionale nella storia.

Il diritto internazionale, non altrimenti di tutti gli importanti rapporti della vita, formossi da prima ed in modo principale all'influenza d'idee religiose. Così, limitandoci alla classica antichità, scorgiamo presso i Greci certi principii internazionali riferentisi alla religione ed al culto (p. e. il rispetto pel diritto d'asilo dei templi, lungo le conquiste; il seppellimento dei morti in guerra), come pure il consiglio degli Anfizionii serbò in vigore parecchi principii comuni alle stirpi greche. A Roma il diritto internazionale non fece alcun progresso. Il diritto sociale dei Romani si riportava puramente e in modo formale a certi usi di guerra; senza punto mitigarli in fatto. Il *cristianesimo* forma anche nel diritto internazionale il gran punto di riforma. Per l'influenza della fede in un sol Dio, padre di tutti gli uomini, nonchè per la credenza al relativo precetto di trattare tutti gli uomini come fratelli; il diritto internazionale ebbe ad essere essenzialmente riformato. Tale riforma appoggiò soprattutto e sulla unità *nazionale* (contrapposta all'unità *politica* dei Romani) delle schiatte germaniche che ovunque vittoriose avanzavano; e fondossi altresì in riguardo più spirituale, sul forte organismo della chiesa cristiana unita sotto un capo spirituale, il quale si frappose molte volte in modo conciliativo, o come arbitro, e che nella sua mitezza intese ad abolire le rozze consuetudini. Quinci originò un diritto internazionale cristiano, che invalse nello *stato dei popoli germanici europei* pel quale il capo secolare, non altrimenti dell'imperatore romano, assunse il dominio sovra tutto il mondo, o per lo meno il dominio feudale su tutte le terre cristiane. Questo diritto internazionale cristiano europeo, venne migliorato per le comuni intraprese dei popoli cristiani nelle crociate, pel progressivo estendersi del commercio, e per lo stesso adattamento del diritto romano, quale diritto valevole in tutti i paesi cristiani. La riforma originò bensì un scisma ecclesiastico, ma più che serbare, sviluppò ulteriormente lo spirito cristiano moralizzante, e da lei escirono

i principali scrittori di diritto internazionale. Ma una politica egoistica ed astuta sorta in Italia, ed esercitata a preferenza dalla Spagna, venne introdotta ognor più nei gabinetti. La tracotanza di singoli stati, fe' nascere il sistema dell'*equilibrio* onde garantire a ciascun stato la propria sussistenza. Questo importante sistema corse parecchie fasi. Esso ebbe origine ai tempi della rivalità tra Carlo V e Francesco I. Il piano di Enrico IV rapportavasi a tal sistema. A questo pure deve il protestantesimo in Germania l'aiuto portogli dalla Francia cattolica. La pace di Vestfalia sanzionò il risultato degli avvenimenti, e collo stabilire ch'essa fece l'uguaglianza dei diritti tra le confessioni cattoliche e protestanti, pose eziandio una specie di equilibrio tra le case di Asburgo e di Borbone. L'orgoglio di Luigi XIV, aspirante al principato europeo, venne fiaccato e sotto Guglielmo III, dall'Inghilterra, la quale avea già sotto Cromwell posta la base del suo potere marittimo e commerciale, e dai Paesi Bassi che erano allora fiorenti, e che non piegavano manco innanzi le disgrazie. Se non che novelle mutazioni ebber luogo nello stabilire il potere degli stati. L'Inghilterra, dopo la distruzione della flotta francese avvenuta alla battaglia presso la *Hogue* 1692, divenne la regina de' mari. Pietro il grande il quale nel 1721 ebbe la corona di imperatore, condusse la Russia sul cammino della civiltà, e del commercio mondiale dell'Europa. La Prussia innalzossi con danno dell'Austria, a potenza di secondo grado, rallentò il nodo della confederazione germanica, ma ebbe pure ad aumentare il numero degli stati che hanno di molta influenza. Invece alla supremazia e monopolio marittimo inglese toccò il primo colpo, dallo staccarsi degli Stati Uniti, dopo di che la Francia ne ha il guiderdone, e mentre si incomincia il partaggio della Polonia, scoppia la *rivoluzione francese*. Con questa incomincia una nuova epoca pel diritto internazionale. La lotta di principi cui essa provocò, trasmutossi in breve in una guerra nazionale, e poscia in guerra di conquista alimentata dalle tendenze somminamente personali del nuovo dominatore. Tuttavia per essa guerra si compirono i destini d'Europa nella riforma e nella creazione di nuovi rapporti. Se non che il disdegnoso arbitrio che per sì lunga pezza disponea vittoriosamente de' popoli, come di semplici masse, rendendole ubbidienti tutte ad un solo impulso e servili ad un solo scopo, cecilò dopo la caduta estrema, in tutte le potenze la convinzione fosse necessario stabilire de' principii internazionali più solidi. Il diritto, ed in ispezialità il diritto fondato nella storia (legittimità), dovette sostituire l'arbitrio; ed un equilibrio (1) custode de' diritti uni-

(1) Così *Tayllerand* al congresso di Vienna come trattossi la quistione sassone, formulava la propria veduta: « Le traité (de Paris) du 3 mai 1814 voulut que tout droit légitime fut respecté e que les territoires vacants c. a. d, sans souverains fussent distribués, conformément aux principes de l'équilibre européen, ou, ce qui est la même chose, aux principes conservateurs de rois de chacun et de repos de tous.

versali, venne in luogo della preponderanza esercitata da un solo sopra tutti, e si elevò a guarentigia della pace europea. Ma ebbe altresì somma importanza un concetto morale, più sublime de' rapporti internazionali. Si riconobbe esservi nella vita de' popoli, degli interessi nobili e comuni a tutti gli stati e alla loro sussistenza, la conservazione de' quali costituisce pure un dovere universale. Che s'anco si intese da prima all'interesse dell'ordine esterno, ciò nullameno l'attenzione si rivolse pure, il che prima non era mai avvenuto, all'interno sviluppo di tutte le forze spirituali, morali e specialmente alle economiche; ed i governi furono animati dal desiderio stabilito dai più importanti interessi dei popoli, di conservare l'ordine europeo sulle basi degli attuali possedimenti, come in vero codesto è provato dall'ultima lotta combattuta in favore di siffatto principio. Attualmente rimane ancora da decifrare l'enigma della Turchia, sendo dessa tenuta a dimostrare se trovasi atta a rispondere alla necessaria esigenza di civiltà storica, esigenza che è ad un tempo la condizione di sua vita durevole, cioè a trasmutare il giaciglio da lei fin' ora occupato in Europa, in una sede di incivilimento. Riman pure nel cuore d'Europa, una comune politica tedesca più solida e fondata sovra un gagliardo interno collegamento. In oltre vive al di là dell'Oceano, un popolo che si fa sempre più gagliardo, e che trasporta anco nel diritto internazionale, un radicalismo pericoloso all'egoismo di una nazione trafficante; e quel popolo s'immischierà indubbiamente alla politica europea, la quale anco senza di ciò, è pure astretta nelle proprie combinazioni e divisamenti, ad aver riguardo a tutti i paesi. Del resto una giusta e saggia politica, che già da 30 anni ha sciolte molte difficili questioni, varrà, attesa la solidarietà de' popoli ognor ringagliardentesi a motivo dei loro più essenziali interessi, a stabilire viemaggiormente un durevole stato di pace, mercè un intimo sistema di confederazione.

§ 3. *I principii supremi del diritto internazionale:*

Il diritto internazionale è soprattutto fondato, non in disposizioni dell'umano arbitrio, ma obbiettivamente nel complesso dei rapporti etici determinanti la pratica volontà dei popoli ed il loro intimo svolgimento, e la storia di tal diritto porge la prova irrefutabile dell'essere i rapporti sempre più potenti del volere e delle intenzioni degli uomini fra sè non accordantisi. I principii supremi si accolgono in quattro punti.

1. Il *fondamento* del diritto internazionale è riposto nel complesso dei rapporti etici determinanti il volere degli uomini, complesso posto da Dio nella natura e nella umanità quale intero in cui tutti i membri si condizionano reciprocamente nella coesistenza e nel vicendevole aiuto. E ciascun popolo che offresi in un ordine di stato, ha e deve conservare la propria *automia*, qual persona morale, ma ad un tempo convien che

in comunione con tutti gli altri, ravvalorì la propria sussistenza, cooperò al raggiungimento degli scopi altrui, e cogli altri uniti in comune accordo compì la missione della umanità. Per il che tante sono le basi speciali da considerarsi nel diritto internazionale, quanti sono i rapporti. Havvi quindi delle relazioni naturali (geografiche, fisiologiche ovvero di razze), le quali sono di gran momento eziandio per la pratica etica trattazioni; si danno de' rapporti non meno importanti, religiosi, spirituali, morali ed economici, dei quali gli ultimi siccome furono mai sempre un mezzo di legame esterno de' popoli, in questi ultimi tempi si elevarono a gagliardo vincolo. Tutti questi rapporti sono forze interne determinatrici dei rapporti internazionali (v. § 4).

2. Il principio supremo del diritto internazionale, si è quello del *diritto*, il quale nella effettuazione dello stato giuridico, pone eziandio le condizioni dello sviluppo della coltura de' popoli. Questo diritto, secondo il principio è l'insieme delle norme che regolano le condizioni derivanti dai rapporti elici della comunanza organica, vale a dire della indipendente coesistenza, ed altresì del reciproco bisogno, nonchè del comune adempimento dello scopo della umanità. Siffatte condizioni scendono in parte *necessariamente* dalla innata essenza, in parte dal libero volere dei popoli, volere il quale è però simultaneamente determinato anche dai rapporti. In oltre esse condizioni acquistano forza e pei costumi, e pei liberi stabilimenti formali.

3. L'effetto esterno a cui conviene aver riguardo anco nel diritto, del complessivo organismo etico dei popoli si è l'*equilibrio* organico dinamico. L'idea dell'equilibrio vivente, perennemente cangiantesi collo sviluppo, era già conosciuta negli antichi tempi (1), ma ebbe ad essere in particolar guisa applicata nei tre ultimi secoli, ed a' tempi nostri fu più e più volte combattuta. Gli oppositori considerano soltanto il consueto meccanico concetto dell'equilibrio, il quale condannerebbe la vita e gli stati ad una eterna immobilità, avvegnachè qualora si turbi l'equilibrio di un meccanismo, anco la macchina rimane distrutta. Se non che nel sublime organismo etico della vita de' popoli, l'equilibrio è tanto meno impedimento al progresso, quanto più egli acconsente di procedere all'animato corpo organico. Con tale equilibrio, occorre però ponderare tutte le forze viventi, e soprattutto le *morali*. Nella stessa guisa che nel corpo organico dell'individuo, si è la volontà che sorregge il corpo (chi dorme, sia individuo o popolo, giace sempre); così nell'organismo dei popoli è il volere morale determinato dalla costumatezza e dal diritto, quello che diviene nello stato particolare una forza di autoerazia e di moderazione, e che quale volere complessivo morale giuridico, specialmente dei grandi stati, sostiene giuridicamente i rapporti che potreb-

(1) V. in particolare sopra Demostene e Polibio, *Wheaton*, loco. cit. p. 10.

bero essere agevolmente turbati per esteriori riguardi di potenza. Quindi parlossi di un « equilibrio del diritto » il quale è appunto un equilibrio dominato dal principio etico del diritto. Ma s'anco si avessero a mettere in accordo i rapporti esterni col principio del diritto, non potrebbe certamente verun stato fare astrazione dall'esteriore equilibrio organico, che perciò resterà pur sempre qual massima direttiva nella politica. Che se tale equilibrio fosse scomposto in una qualche parte, comunque tal disordine avvenisse in conseguenza del solo interno sviluppo giuridico di un altro stato, in tal caso converrebbe che gli altri stati si affaticassero a ringagliardire le loro forze interne, ed a stringersi maggiormente. (anche senza una formale alleanza) ad altri stati ugualmente minacciati. In generale ad ogni cangiamento di equilibrio, il quale come vedemmo non può essere sempre lo stesso, si produrranno dei *contropesi* che di per sè non formano di certo un sistema, ma servono solo come mezzi a mantenere l'equilibrio.

4. La *forma* sociale delle condizioni giuridiche tra i popoli, sarà un sistema di *confederazione* sempre più perfezionantesi. La federazione fu già una forza motrice nella comunione de' popoli, e dal cristianesimo in avanti essa ebbe parecchie fasi, percorse dai popoli cristiani d'Europa (V. Zacharia 40 lib. ecc. vol. 5. p. 173-234). Nell'epoca nostra le 8 grandi potenze si considerarono spontanee siccome unite in *associazione* (1). Devonsi avere per mezzi di consolidamento e di ulteriore perfezionamento non solo le alleanze di stati speciali, le quali son sempre più o meno una minaccia agli altri, ma soprattutto i frequenti congressi, dai quali anco senza guerra precedente, vengon sciolte molte importanti quistioni internazionali (Belgio, Neuchâtel). Ed a maggior perfezione converrebbe adottare una forma ben più robusta, per la quale le controversie più importanti generatrici di guerre, fosser sopposte ad un senato conciliativo europeo, ed ove facesse mestieri, anco ad un arbitramento. Il diritto internazionale, che al presente non è esclusivamente europeo, ma europeo americano, e che si diffonde ognor più fra popoli asiatici (China, Giappone), tende palesemente a trasformarsi in diritto mondiale, ed in vero al presente per l'accordo di non tollerare il commercio degli schiavi, fa opera per effettuare sempre più le condizioni di una comunione umana dei popoli.

(1) V. la dichiarazione dei plenipotenziari delle cinque grandi potenze europee al congresso d'Acquisgrana 1818, riportata da Heffter luo. cit. § 8. Les souverains ont regardé come la base fondamentale leur invariable résolution de ne jamais s'écarter . . . de l'observation la plus stricte du droit des gens; principes qui . . . peuvent seuls garantir efficacement la stabilité de leur association général.

§ 4. *Partizione e prospetto del diritto internazionale.*

Fa mestieri dividere il che fin qui non si fece, primieramente il diritto internazionale come si parte il diritto privato, e di stato, in *generale* e *speciale*. Il primo sviluppa i principi obbiettivi, il diritto generale dei popoli, delle persone, delle cose e delle obbligazioni, nonchè il diritto del perseguimento giuridico (in ispecial modo diritto di guerra). L'altro svolge il diritto dei popoli, secondo gli speciali ed essenziali rapporti e scopi della vita dei popoli, per le reciproche relazioni ed i comuni sforzi.

I. IL DIRITTO INTERNAZIONALE GENERALE.

A. I principii supremi furono brevemente esposti nel precedente § 3.

B. Il diritto internazionale personale tratta dei diritti derivanti dalla personalità morale dei popoli più o meno statisticamente coordinati.

1. Vari sono i rapporti di personalità dei popoli nella loro qualità di stati. Vi hanno cioè stati *a)* semplici e *b)* composti, sendo precipuamente questi ultimi combinazioni di stato (stati uniti) sotto un comune dominatore, circa le quali si danno parecchie variazioni; ovvero occorrono *c)* riunioni di stati, ed in particolar guisa la *confederazione di stati*, ove la sovranità ritrovasi negli stati speciali (confederazione germanica), oppure lo *stato di confederazione* in cui la sovranità predomina nella unità del potere rappresentante la totalità (America del nord, Svizzera).

2. I diritti sono; *a)* il diritto della personalità morale di un popolo e di uno stato in genere, dal che risultano degli speciali importantissimi diritti pel mantenimento della loro sussistenza, dignità, onore ed autonomia; *b)* l'uguaglianza giuridica formale di tutti gli stati indipendenti; *c)* il diritto di sovranità e della libera determinazione, e specialmente la facoltà di uno stato di stabilire con indipendenza le condizioni fondamentali della vita interna per la costituzione ed amministrazione, secondo i suoi bisogni ed il proprio grado di cultura, in quantochè non vengano lesi con ciò de' diritti di altri stati. Il diritto di intervento, più volte usato, è sempre più in pratica conosciuto come tale che non risponde allo scopo; *d)* il diritto della relazione dei popoli in genere, ed in esso anco il diritto della vicendevolezza e della colleganza dei popoli, ovvero di associazione. La relazione deve però essere permanente. Qunici gli ambasciatori stabili rivestiti di carattere pubblicamente accreditato, quali rappresentanti dei loro sovrani onde osservare le giuridiche relazioni di uno stato verso un altro. Gli ambasciatori si partono al presente in tre classi principali:

1. i legati pontificii *a* oppure *de latere* e nunzii, simili agli inviati od ambasciatori delle potenze secolari. 2. Quegli aventi il titolo di internunzio (come l'inviato austriaco a Costantinopoli), di inviato o ministro plenipotenziario, accreditato diplomatico presso il sovrano. 3. I semplici incaricati d'affari che non sono accreditati se non se presso i ministri degli affari esteri. Una classe intermedia fra la seconda e la terza, darebbe, secondo il protocollo d'Aquisgrana del 1818, essere costituita degli impiegati presso le corti estere, col titolo di ministri residenti. Per gli ambasciatori si fa luogo ad un particolar cerimoniale ed a speciali diritti, soprattutto a quelli estraterritoriali. La dottrina della *diplomazia* sviluppa più partitamente i principii fondamentali e le norme di questa, nonché le forme delle relazioni diplomatiche.

C Il *diritto internazionale reale* si riferisce soprattutto al territorio dello stato, alle di lui pertinenze e colonie, ed a quella parte di mare che secondo le massime internazionali, può essere posseduta da uno stato (p. e. per la distanza di un tiro di cannone; di un dato numero di miglia marittime dalla spiaggia), e regola l'integrità, i confini, le condizioni dell'acquisto e della perdita della proprietà dello stato.

D. Il *diritto obbligatorio internazionale* deriva la propria origine, non altrimenti del diritto privato: 1. dagli affari giuridici de' popoli, principalmente da contratti bilaterali; 2. da azioni antiggiuridiche; 3. da circostanze. — Imperanto la stessa divisione che occorre nel diritto privato sarà quella che partirà i contratti internazionali, in contratti concernenti la sostanza, ed in contratti etici anco sovra rapporti non patrimoniali. — I rapporti di società fra i popoli, in quanto vengono fondati da contratti, o sono amichevoli alleanze intese al mantenimento di più stati, sia ciò in generale o solo per certi casi; oppure confederazioni, quali legami giuridici perenni per scopi comuni, con comuni istituzioni.

E. Il *diritto della persecuzione giuridica* regola le condizioni mercè le quali possono venire ristabiliti tra popoli dei diritti, che uno stato crede lesi; e comprende tre maniere, che ponno essere tre studi della giuridica persecuzione.

1. I tentativi di comporre in *via amichevole* la controversia, sono: trattazioni in via giuridica; *bona officia* di una terza persona, accettati; la mediazione; ed il compromesso.

2. Le misure violenti quali mezzi di *necessaria difesa*, sono principalmente le *rappresaglie*, ovvero quanto viene operando uno stato contro le persone e le cose della parte avversaria per momentanea ritenzione onde determinarla a prestare quanto deve. Lorchè questo modo è esercitato più rigorosamente, diventa *embargo* cioè staggimento delle navi dell'avversario che trovansi nel proprio porto, e talvolta tal misura spingesi fino al *blocco*. Dalle rappresaglie è forza distinguere il *ritorcimento*

ovvero la riapplicazione dello stesso principio tenuto per *ingiusto*, cui adottava un altro stato.

3. La *guerra*, l'estremo mezzo di necessità per la giuridica persecuzione, rimase soggetta a certe condizioni, norme giuridiche e forme, le quali mercè il cristianesimo e la coltura umana andaronsi progressivamente elevando a costumi, in armonia alle esigenze della umanità, per quanto a questo si può aver riguardo in tali circostanze. Quinci formossi l'uso di guerra, detta *maniera di guerra*. La violazione di essa maniera in casi di necessità, viene solo legittimata dalla così detta *ragione di guerra*. Il diritto di guerra regola tanto i rapporti delle parti guerreggianti tra di loro, quanto anco i rapporti di quelle *neutrali* che si ritrovano in perfetta (solo vera), od imperfetta neutralità. È massima universalmente riconosciuta, non guerreggiarsi la guerra tra le nazioni, ma fra gli eserciti nemici. Quinci scende dover essere rispettate le persone e le loro proprietà che trovansi in paese nemico. Eccezione, unica di questa regola si è fin qui la *guerra marittima*. Ma il progresso del diritto internazionale tende a sopporre alle stesse norme la guerra terrestre e marittima, e a divietare però ogni depredazione della proprietà dei privati di stati nemici, sia che ciò avvenga per cattura privata, o per crociera allestita dallo stato istesso. L'ultimo trattato di pace di Parigi, del 30 marzo 1856 stabiliva per la guerra marittima de'principii importanti, da gran tempo propugnati dalla teoria, e riconosciuti già per singoli antecedenti trattati da cui rimase aliena l'Inghilterra; e li stabilì come norme vincolatrici delle potenze contraffanti e per quelle che vi accedevano (1).

II. Il *diritto internazionale speciale* cui spetta alla scienza di svolgere fondamentalmente, abbraccia:

A. Il *diritto di religione* dei popoli. Parte de'popoli vive in relazioni e vicende religiose (missionari), e parte ha interesse che venga in uno stato riconosciuta od almeno non turbata, una religione in quanto la si trova

(1) Tali principii sono espressi come solenni dichiarazioni: « 1. Il corseggiare è, e resta abolito. 2. La bandiera neutrale è scudo alla merce nemica, ad eccezione del contrabbando di guerra. 3. La merce neutrale non può essere stagliata, tranne il contrabbando di guerra, anco se dessa si ritrovi sotto bandiera nemica. 4. I blocchi onde abbiano forza giuridica, devono essere efficaci, cioè sostenuti da una potenza belligera che sia abbastanza forte per poter impedire effettivamente al nemico l'avvicinamento alla spiaggia. » Gli Stati Uniti dell'America settentrionale dichiararono (dispaccio di *Murcy*) che essi accedevano al primo articolo, soltanto sotto la condizione, « che le potenze avessero ad accettare concordi il grande principio della proprietà privata, tanto sul mare che in terra. » Questa dichiarazione fatta da una potenza marittima di tanta importanza, e che fu accolta con favore dalle potenze (anzi dalla Russia fu riconosciuta formalmente), accoglie in sé quel principio che ormai non si dovrebbe attendere di molto ad accettare completamente.

in armonia con principii morali e religiosi riconosciuti, e principalmente che ciò avvenga di ciascun confessione cristiana. Questo sublime interesse può essere soddisfatto mercè de' contratti da fermarsi, nè in ciò avrà luogo un indebolimento del potere sovrano, sendo che appunto non accada codesto neppure quando la podestà dello stato viene limitata nell'esercizio di un diritto per mezzo di altri contratti, e tanto meno può dunque avvenire come trattasi di stipulazioni per cose religiose, le quali per loro natura trascendono il potere e la sfera dello stato. Ciò che ebbe luogo nella pace di Vestaglia, e recentemente nella pace di Parigi 30 marzo art. 9, riguardo alla Turchia, può elevarsi pure a bisogno in altri casi. Spetterebbe quindi alla scienza il trattare innanzi tutto largamente di siffatte importanti quisizioni, ed il prescrivere le forme dello scioglimento giuridico,

B. Il diritto internazionale scientifico ed industriale, venne regolato in una parte importante negli ultimi tempi, per le convenzioni sulla ristampa.

C. Fin qui il diritto internazionale di commercio si è il meglio coltivato. A questa categoria si riferiscono tutte le teoriche concernenti i rapporti commerciali dei popoli tra di loro; tanto le massime generali di diritto le quali parallelamente alle teoriche economiche nazionali, costituiscono la base della politica commerciale; quando anche le istituzioni per i rapporti commerciali, specialmente per le *faccende consolari*.

D. Ma anco il diritto internazionale dell'industria, esige ne' punti principali un coordinamento comune sancito da più stati, quantunque del resto possa essere svariatamente effettuato. Così tale coordinazione la è p. e. necessaria onde stabilire l'orario del lavoro nelle fabbriche, perchè lo stato nella tendenza umana la più progressiva, pel rincarimento del prodotto non si renda difficile la concorrenza.

E. Finalmente può divenire oggetto di regolamento del diritto internazionale anche la consistenza di stato, come pure una determinata forma ed organizzazione di stato (p. e. trattati di garanzia, eterna neutralità)

Siffatti importanti rapporti vitali dei popoli, deggiono bensì stabilirsi principalmente per mezzo de' trattati, ma non si debbono ascrivere alla categoria del diritto dei contratti; avvegnachè essi possano essere determinati eziandio per uso, e senza preventivo trattato venir lesi in guisa, da esser lecite delle precauzioni.

In tal modo noi abbiamo porta con prospetto la esposizione del sistema del diritto privato e pubblico. Essa esposizione quantunque non sia in parecchi luoghi completa, offre però in tutti i punti essenziali un di-

ligente tentativo scientifico di determinare sulla base di un principio giuridico derivato dalla natura etica dell'uomo e dei vitali rapporti umani, anco tutti i rapporti giuridici non già astrattamente, ma giusta l'interna natura e scopo dei *rapporti della vita*. E con questo ne sforzammo a diffondere altresì una sublime veduta giuridica che promuova il concetto *morale* della vita intera; e ne studiammo di recare nella scienza del diritto e dello stato quell'*unità* che manca pressochè completamente, e di dar opera all'ulteriore perfezionamento della scienza.

A P P E N D I C E

LA METODOLOGIA GIURIDICA (1).

La metodologia giuridica si è l'avviamento il quale offre, specialmente nella istruzione accademica, maggiore opportunità alla coordinazione, alla specie ed al modo dello studio della intera scienza del diritto.

Lo studio della scienza del diritto, che in generale segui sempre le tendenze spirituali e dei movimenti dell'epoca, venne soggetto anche a' tempi nostri a quei cambiamenti che furono comuni alle altre scienze. Si accenna ora come carattere fondamentale, il dilungarsi dagli elevati principii e dalla colleganza con scienze affini, la isolatrice tendenza che accentrò in sè stessi, l'accumulamento del materiale: e come conseguenza di tutto ciò, si indica un *materialismo* più o meno espresso, che appare dalla attuale tendenza della vita. La è cosa nota come nella stessa filosofia, per l'abbandono della indagine eminentemente analitica e robusta, scrutante il proprio essere, e per il vagheggiarsi dallo spirito il dialettico processo dello sviluppo mondiale dell'assoluto; quasi andasse perduta ogni assennatezza, ogni chiaro concetto, qualsivoglia determinazione e perfezione analitica delle idee. In oltre essersi ivi all'incontro in parecchi punti sviluppato il più rozzo materialismo e sensismo, schernitore d'ogni logica e di qualunque, fine ricerca, e che ostenta a ver trovata la sua base saldisima nelle scienze naturali, dalla quale tentò farsi schiave tutte le scienze, mercè il suo metodo, detto « scientifico naturale » me-

(1) Questa metodologia avrebbe ad essere più estesamente trattata in un V. libro. Del resto per l'importanza delle quistioni agitate a tempi nostri io pubblicherò quanto prima in un periodico, un mio speciale lavoro intorno tale argomento, ed in esso avrò riguardo ezianodio ai rapporti degli studii nell'Austria.

todo largamente ed ovunque diffuso. Di tal guisa a poco a poco scomparve eziandio dalla scienza giuridica la credenza al principio sublime del diritto, la vera anima vivificante; fu imprigionato lo spirito della gioventù in quell'affastellamento di materiale, e venne condotto in cotai modo all'immediato studio di professione e di lucro, che gli manca perfino la necessaria libertà psichica nonchè il tempo di attendere alle scienze di coltura generale, sì che si manifesta ognor più l'indifferenza per quanto havvi di sublime, l'indebolimento spirituale e la morale rozzezza. Che se pure si tenesse per fermo essere dovere delle direttrici autorità di stato, il far opera per migliorare queste condizioni sommamente nocive alla coltura spirituale e morale, siffatta intromissione d'esse autorità incontrerebbe tuttavia gagliardi ostacoli presso le università tedesche, a cagione della superiore autonomia che vuol essere rispettata; e però non è dato attendere salvezza se non se da docenti e illuminati, e specialmente della gioventù studiosa. Gli è perciò che a queste persone noi dirigiamo i seguenti consigli, pregandole ad esaminarli profondamente, e da esse attendiamo, per quanto lo consenta la libertà dello insegnamento, l'eliminazione de' principali vizii.

1. Vuol essere ravvivato lo studio filosofico, avvegnachè sia fondamento d'ogni generale umana coltura. Se anco il regolamento seguito da molte università (p. e. in Baviera, Belgio, e fino al 1848 anco in Austria), e lodato eziandio da cospicui dotti che non appartengono ad esse accademie (p. e. Schleirmacher), secondo il quale gli studiosi dovrebbero compiere il corso filosofico, prima di essere ammessi allo studio di facoltà; se anco tal regolamento lascia intravedere il pericolo di una troppo astratta segregazione di quel corso di filosofia, dagli studi di scienze ed arti cui esso deve compagnare e vivificare, sarà però sempre vero doversi nel primo stadio della educazione accademica, applicare la gioventù alle scienze di coltura generale. Che se si ritrovasse già condotta a perfezione nella filosofia una parte analitica, quale venne da Krause iniziata allo intento della fondamentale riforma (simile a quella di Kant) della filosofia, ed allo scopo di gittare le fondamenta di tutte le scienze filosofiche, si avrebbe con ciò iniziato il vero metodo. Ma in mancanza di tanto beneficio, converrà dar principio dall'*antropologia psichica*, che non offre solo la formale importanza della logica, ma è di sommo vantaggio per tutti gli studii. Ed in vero sendo quella la teoria dell'interna essenza dell'uomo, costituisce la precipua base all'etica ed alla filosofia pratica in generale, come pure alla filosofia del diritto, ed in ispecie all'intero diritto criminale; e può altresì combattere mercè acuta scientifica osservazione, il piano del materialismo sovra il di lui stesso terreno (1). Ad essa deve subito tener dietro siccome studio filosofico prin-

(1) Lo studio della Antropologia fisica potrebbe ricoudurre nel retto cam-

cipale, l'*etica* quale intero sistematico della filosofia pratica, che negli ultimi tempi ebbe ad essere trattato più profondamente e con maggiore estensione. Sarà in oltre di gran vantaggio ad ogni studioso il perfezionarsi nella logica, fosse pure colla sola lettura di opere; e nella metafisica, od estetica, oppur nella storia della filosofia, secondo la individuale tendenza.

2. Il vero studio giuridico scientifico deve cominciare di necessità con lezioni sull'enciclopedia giuridica, e sulla metodologia, se però la filosofia del diritto non avesse a porsi in loro luogo, il che non può avvenire se non se parzialmente. Ma siffatta enciclopedia non deve essere puramente formale, come era il caso per lo passato, ma conviene esponga effettivamente i concetti fondamentali, ed il vincolo che congiunge tutte le parti. Il grande vantaggio, anzi la necessità di un tal corso, non può essere messa in dubbio se non da chi ignora le psichiche condizioni dell'iniziamento della gioventù in una scienza vasta ed avente molte parti, o da chi in generale non riconosca verun principio o legame comune alle parti tutte, e quindi considera e tratta uno speciale studio di scienza, siccome una dotta professione.

3. Intorno alla necessità dello studio della filosofia del diritto, non crediamo di dover fare ulteriore discorso. Se è da lamentare che in conseguenza della formale trattazione astratta de' principii giuridici secondo il metodo kanziano fosse svolta la filosofia del diritto in mille modi da scrittori che non erano animati se non se da un fiacco raggio di spirito filosofico; convien togliere il privilegio di pronunciare giudizi sul merito della filosofia giuridica, a quelli che non si levarono coi loro concetti sopra l'antico diritto naturale, e che nulla compresero della moderna sublime riforma. Intorno al posto che nello studio debba occupare la filosofia giuridica, si può essere di diverso avviso. Se il corso enciclopedico è messo in principio, e se si fece precedere almeno lo studio delle istituzioni di diritto romano; in tal caso può tornare ad istruzione nella filosofia del diritto, anco il desiderabile raffronto de' concetti filosofici coi positivi. Tuttavia, se d'uopo si sviluppino fin da principio con esattezza e sufficientemente nel corso enciclopedico, le basi filosofiche.

mino anco i medici, che propugnano pur sempre il materialismo. Fra i recente scrittori di antropologia psichica meritano speciale menzione: Krause lezioni di antropologia psichica, pubblicate da me, dopo la sua morte per di lui volere, 1848; Lindemann, dottrina dell'uomo, 1844. Fichte, antropologia 1830 (in cui l'autore abbraccia quasi tutte le teorie fondamentali di Krause). Il mio *Cours de philosophie*, 2 voll. Paris, di cui è già da gran tempo esaurita l'edizione, contenente le lezioni lette a Parigi nel 1834 per incarico del governo francese, e tradotto in Olandese nel 1847 dal professore Nieuwenhuis di Leida, sarà novellamente pubblicato quanto prima tanto in francese quanto in tedesco.

4. Sommamente importante è eziandio pel giureconsulto lo studio della scienza e della politica d'economia nazionale. Quel primo ramo, che come da noi si è dimostrato costituisce la base economica del diritto reale e di quello degli obblighi, avrebbe ad essere studiato simultaneamente, se non colle istituzioni, almeno col primo e più diffuso corso del diritto positivo (Pandette). Invece la politica dell'economia nazionale, che devesi dividere dalla dottrina dell'economia nazionale (come fece *Itu* nell'eccellente sua opera), e le scienze politiche in genere, deggionsi serbare pel tempo posteriore degli studii, per quando sarà già compiuto l'insegnamento del diritto di stato universale.

5. Gli studii storici vennero traseurati, ad eccezione della storia del diritto romano e tedesco, e ciò per essersi data soverchia importanza ed estensione a parecchie materie positive, contro ogni scientifico metodo che richiede una esposizione conveniente e proporzionata col tutto. Imperianto quegli studii deggionsi coltivare con nuova e più solerte trattazione.

6. Finalmente è d'uopo attendere maggiormente alle scienze di stato ed alle politiche, tanto più che ivi sentesi il bisogno di riforme fondamentali. Se non rendonsi famigliari ai giovani le più esatte teorie, si corre pericolo che dessi si formino all'antica scuola astrattamente liberale e radicale, di cui possono agevolmente ed in gran copia avere le opere, che per la superficialità ad essi inerenti agevolmente intendonsi e che sono perniciose lusingatrici di molte tendenze proprie alla gioventù. A togliere siffatte pericolose aspirazioni, giova appunto l'aiuto della scienza.

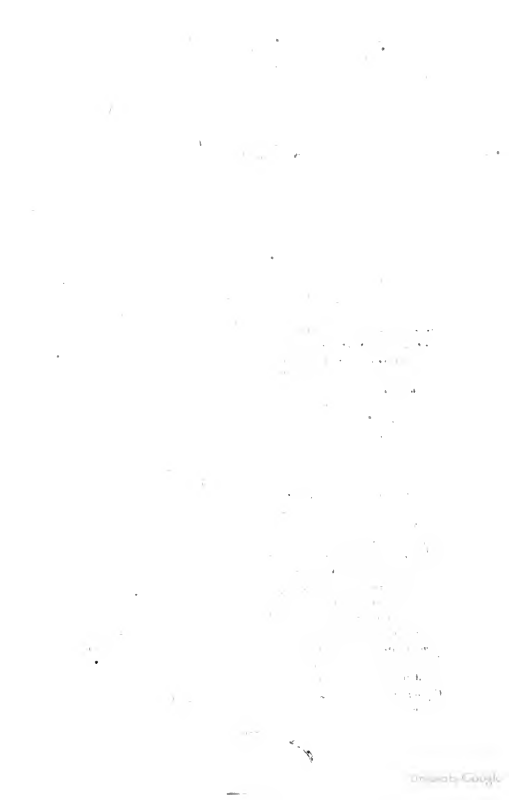
Del resto converrà propugnare come principio universale direttivo, la massima che nell'ordinamento dello studio giuridico, debba la scienza del diritto essere insegnata ed esposta secondo i di lei tre momenti essenziali, il *filosofico*, lo *storico* ed il *positivo*, momenti che invece di andare staccando gli uni dagli altri, hanno a procedere uniti (1).

(1) Quindi sarebbe in generale a raccomandarsi il seguente ordine di lezioni per un corso triennale: primo semestre: enciclopedia giuridica, storia ed istituzioni del diritto romano, antropologia psichica, economia nazionale secondo semestre: storia dell'impero e del diritto tedesco, Pandette, filosofia pratica; terzo semestre: diritto privato tedesco, diritto ecclesiastico, filosofia del diritto, storia; quarto semestre: il diritto particolare del paese, diritto criminale, diritto generale dello stato e della confederazione germanica, diritto internazionale, statistica universale; quinto semestre: procedura civile e criminale, medicina legale, politica amministrativa universale, ed anco un'altra scuola filosofica o storica; sesto semestre: diritto commerciale e cambiario, politica dell'economia nazionale e scienza delle finanze, scuole di attico avviamento. — In quattro anni si può assistere anco ad altre lezioni di cultura generale, variandosi solo alquanto l'ordine di tutto lo studio.

FINE DEL SECONDO ED ULTIMO VOLUME.

515.545





INDICE

DELLE MATERIE CONTENUTE NEI DUE VOLUMI.

VOLUME PRIMO

Programma dei traduttori	pag. 5
Prefazione dell'autore	11
Introduzione. Nozione, scopo e partimento della enciclopedia giuridica	13
Libro primo. Basi fondamentali filosofiche del diritto.	
<u>Capitolo I. Deduzione dell'idea del diritto.</u>	
§ 1. Proemio	23
§ 2. Investigazione psicologica dell'idea del diritto	24
§ 3. Sviluppo ulteriore della idea del diritto dalla essenza dell'uomo; A) Osservazione preliminare pag. 27, B) Derivazione del diritto dalla essenza dell'uomo e dalla totalità dei rapporti (elici) della vita p. 28; C) Riscontro del concetto del diritto nella vita reale p. 36; D) Rapporto del diritto colla moralità p. 41.	
<u>Capitolo II. Esposizione dei momenti più importanti contenuti nel principio derivativo del diritto</u>	44
Fondamento del diritto p. 44; suo scopo p. 45; suo contenuto ivi; rapporti della vita p. 48; rapporti del diritto p. 51; il diritto qual principio obbiettivo e subbiettivo p. 53; il diritto è un concetto organico p. 56; il diritto è un principio storico p. 59; il diritto è un principio nazionale p. 60.	
<u>Capitolo III. Breve confronto tra il principio giuridico come si ebbe qui a svilupparlo, e le più importanti teorie nella storia della filosofia del diritto</u>	62
<u>Capitolo IV. Delle forme, dell'origine e del progresso del diritto nella società umana, ovvero delle fonti del diritto</u>	72

In generale p. 70 ; A) le fonti immediate del diritto ; consuetudine e storia p. 6 ; B) le fonti mediate del diritto : scienza del diritto ed uso del foro p. 83.

Capitolo V. Dello stato. Concetto, origine, scopo, rapporto dello stato colla società, e di lui costituzione ed amministrazione pag. 89

Capitolo VI. Della divisione organica del sistema giuridico ; della partizione formale in diritto privato e pubblico, e di quella materiale (teleologica) dedotta dagli scopi e dalle sfere della vita, nonché dell'unione d'entrambi i fondamenti della divisione . 103

Libro Secondo. Storia del diritto.

SEZIONE I. Principii storici filosofici e fasi della storia del diritto.

Capitolo I. Dei principii generali determinanti lo sviluppo del diritto e dello stato dei popoli 124

Capitolo II. Idea del diritto e dello stato considerata in sè stessa, secondo l' interno sviluppo storico.

§ 1. Osservazione preliminare 132

§ 2. Origine del diritto 133

§ 3. Sviluppo progressivo del diritto in tre periodi principali . 137

SEZIONE I. Storia del diritto dei principali popoli inciviliti, in particolare dei Romani e Germani 152

Parte prima. Breve prospetto del concetto giuridico presso i popoli orientati, considerato nella connessione colla loro civiltà spirituale e morale 154

§ 1. Gli Indiani 158

§ 2. Il diritto indiano secondo le sue fonti ed il suo carattere . 164

§ 3. L'antico popolo di Zend, ovvero i Battri, i Medi ed i Persi . 172

§ 4. La China 175

§ 5. L'Egitto 180

§ 6. I popoli semitici in generale, e particolarmente gli Ebrei . 183

§ 7. L' islamismo 187

Parte seconda. Il diritto dei Greci e specialmente dei Romani.

PROEMIO. Sulla differenza tra la idea greca e romana della vita e del diritto 190

PRIMA SUDDIVISIONE. I Greci ed il loro concetto di stato e di diritto 194

SECONDA SUDDIVISIONE. Esposizione sommaria della storia del diritto romano.

Capitolo I. I Romani in generale,

§ 1. Elementi popolari in Roma 207

§ 2. Sviluppo della vita romana e dello stato in generale . . 210

Capitolo II. Prospetto della storia romana di stato e di diritto fino a Giustiniano 211

Prima epoca p. 212; seconda epoca p. 224; terza epoca p. 236; quarta epoca p. 247.	
<i>Capitolo III. Breve prospetto delle sorti posteriori del diritto romano</i>	pag. 252
I. In Oriente p. 252; II. in Occidente p. 253.	
<i>Capitolo IV. Breve apprezzazione giuridica e filosofica del diritto romano.</i>	
§ 1. Apprezzamento storico	263
§ 2. Apprezzamento del diritto romano in sè stesso secondo il contenuto e la forma	278
§ 3. Influenza del diritto romano	289

VOLUME SECONDO

Parte terza. Prospetto della storia giuridica dei popoli che abbracciano il cristianesimo, in specialità dei Germani.

Introduzione. Sull'origine carattere, maniera di comprendere la vita ed il diritto, delle stirpi celtiche, germaniche e slave in generale

PRIMA SUDDIVISIONE. Prospetto storico del diritto e dell'impero tedesco.

SEZIONE I. Il più antico stato storico della vita e del diritto dei Tedeschi.

§ 1. Le sedi e le stirpi degli antichi Tedeschi	13
§ 2. Carattere e religione degli antichi Tedeschi	15
§ 3. L'ordine giuridico p. 18. 1. In generale. 2. Rapporto tra diritto e religione. 3. Formazione e costituzione dei distretti. 4. Rapporto di persona e condizione. 5. Vincolo di famiglia. 6. Costituzione.	

SEZIONE II. Prospetto della storia dello impero e del diritto germanico dopo la calata delle stirpi alemanne nell'impero romano, sino all'epoca più recente.

PRIMO CAPITOLO. Prospetto dello sviluppo storico dei rapporti pubblici giuridici.

EPOCA PRIMA. Dall'emigrazione fino al 888.

§ 1. Prospetto della storia esterna	31
§ 2. Le principali mutazioni nella vita del popolo germanico, dopo che stanziò sul suolo romano	36
§ 3. I rapporti pubblici durante il periodo dei Merovingi	40
§ 4. L'origine del sistema dei benefecii	42
§ 5. La costituzione dei Carolingi	47

EPOCA SECONDA. Dall'888 fino allo stabilirsi della pace pubblica, 1495.

§ 1. L'impero tedesco considerato qual monarchia feudale pag.	52
§ 2. Organizzazione interna del regno	53
EPOCA TERZA. Dallo stabilimento della pubblica pace 1495, fino allo scioglimento dell'impero 1806	63
Appendice	67
SECONDO CAPITOLO. Prospetto storico delle fonti del diritto.	
§ 1. Epoca prima. Le fonti del diritto fino allo scioglimento della monarchia dei Franchi	69
§ 2. Epoca seconda. Le fonti del diritto dall'888 fino al 1495	72
§ 3. Epoca terza. Le fonti del diritto del 1495, fino agli ultimi tempi	79
TERZO CAPITOLO. Breve prospetto dello sviluppo storico dei predomi- nanti rapporti di diritto privato	88
I. Rapporto giuridici delle persone p. 88. II. Rapporti giuridici verso le cose p. 91. III. Rapporti giuridici colle azioni, ovvero il diritto delle pretese p. 93. IV. Il diritto di famiglia p. 99. V. Il diritto di eredità p. 101. VI. Giudizio e processo giudi- ziale civile p. 103. VII. Diritto e procedura penale	104
SECONDA SUDDIVISIONE. Dei diritti affini dei popoli germanici non tedeschi, ovvero dei popoli che hanno in sè elementi di stirpe germanica	109
I. I diritti dei popoli germani non tedeschi p. 110. II. Il diritto germanico negli stati romani.	
Appendice. Delle fonti più importanti del diritto dei popoli slavi	113
Capitolo finale. § 1. Apprezzamento del diritto tedesco	118
§ 2. Necessità di una nuova legislazione civile (codificazione)	143
Libro Terzo. Il sistema del diritto privato nei suoi rami fonda- mentali, col principii giuridici filosofici del diritto positivo, allo scopo di conciliare il diritto romano con quello tedesco dell'attualità.	
Introduzione. § 1. Concetto del diritto privato e scopo di que- sta esposizione	149
§ 2. Partimento del sistema	152
§ 3. Il metodo giuridico	156
Parte generale del diritto privato. Sviluppo delle teoriche generali del principio, soggetto ed oggetto e cessazione e dif- fesa del diritto e del possesso	179
PRIMA SEZIONE. § 4. Delle più importanti massime e precetti giuri- dici scendenti dal principio del diritto privato	179
SECONDA SEZIONE. § 5. Del soggetto del diritto	183
TERZA SEZIONE. Dell'oggetto del diritto, ovvero delle cose ed ope- razioni.	

§ 6. In generale	pàg. 187
§ 7. Delle cose	189
§ 8. Delle operazioni considerate come oggetto del diritto	194

QUARTA SEZIONE. Dei rapporti giuridici e specialmente della origine e cessazione dei diritti.

<i>Capitolo I.</i> § 9. In generale	195
---	-----

<i>Capitolo II.</i> In particolare delle azioni quali cause della origine e della perdita dei diritti	197
---	-----

§ 10. Partizione	ivi
§ 11. Della facoltà di azione	198
§ 12. Delle viziate determinazioni della volontà	199
§ 13. Delle giuste determinazioni del volere	202
§ 14. Del contenuto dei rapporti reciproci	203
§ 15. In particolare delle determinazioni accessorie, oppure della condizione, nonchè della fissazione del tempo e dello scopo	207
§ 16. Della dichiarazione della volontà, e delle sue diverse forme	209

<i>Capitolo III.</i> § 17. Del principio del diritto, e del rapporto del principio giuridico in relazione alle origini e modi d'acquisto del diritto	211
--	-----

<i>Capitolo IV.</i> § 18. Della formazione de' rapporti giuridici nello spazio e nel tempo	213
--	-----

<i>Capitolo V.</i> § 19. Della protezione del diritto	214
---	-----

<i>Capitolo VI.</i> § 20. Del possesso	216
--	-----

Parte speciale del diritto privato.

PRIMA PARTIZIONE. Il diritto privato generale.

PRIMA SUDDIVISIONE. Il diritto personale privato.

§ 21. Del diritto personale in generale	223
§ 22. Delle particolari specie, o divisione del diritto personale	227
§ 23. Delle persone giuridiche	232
§ 24. Passaggio al diritto di economia privata, ossia al diritto di patrimonio	237

SECONDA SUDDIVISIONE. Il diritto di economia privata (diritto di patrimonio).

SEZIONE PRIMA. Il diritto generale dei beni reali (diritto reale, diritto sulle cose).

§ 25. Introduzione. Proemio. Fondamento. Nozione e carattere, specie	239
--	-----

<i>Capitolo I.</i> La proprietà ed il diritto di proprietà	241
--	-----

§ 26. La proprietà. Fondamento. Estensione. Concetto e limitazione della proprietà	ivi
--	-----

§ 27. Il diritto di proprietà	248
---	-----

§ 28. Delle diverse maniere o forme della proprietà . . .	pag. 250
§ 29. Dell'acquisto della proprietà e delle diverse maniere di conseguirla . . .	253
Capitolo II. § 30. Gli speciali diritti reali . . .	257

SEZIONE SECONDA del diritto di sostanza. Il diritto generale di traffico, ossia il diritto d'obbligazioni (di sostanza).

Introduzione. § 31. Del diritto di obbligazione in sè, e della sua relazione col diritto sulle cose, fondamento e divisione . . .	258
---	-----

Parte generale del diritto delle obbligazioni.

Capitolo I. Della nozione, delle persone e; dell'oggetto, efficacia e adempimento delle obbligazioni § 32—36 . . .	263
Capitolo II. § 37. Dell'estensione d'un rapporto d'obbligazione verso una terza persona, nella formazione e trasferimento dell'obbligazione . . .	267
Capitolo III. § 38 Dell'estensione dell'obbligazione . . .	269
Capitolo IV. Delle specie principali dell'obbligazione in generale.	
I. Le obbligazioni d'affari. A). I contratti . . .	271
§ 39. Del fondamento e scopo de' contratti nel sistema del diritto . . .	271
§ 40. La nozione del contratto giusta i suoi momenti principali . . .	273
§ 41. Il trattamento del contratto lungo il suo corso, considerato dal principio fino al compimento (perfezione) . . .	275
§ 42. Divisione dei contratti . . .	276
B). Le obbligazioni d'affari unilaterali . . .	278
II. Le obbligazioni di delitto o di stato . . .	ivi

Parte speciale del diritto delle obbligazioni.

§ 43. L'aspetto delle specie principali delle obbligazioni . . .	ivi
I. Le obbligazioni d'affari . . .	ivi
§ 44. A). Le obbligazioni di contratti.	
a). I contratti materiali . . .	279
I. I contratti aggravati una sol parte (benefici). 1. La donazione p. 279. 2. Il mutuo p. ivi 3. Il comodato p. 280 4. Il deposito p. ivi. 5. Il mandato p. ivi.	
II. I contratti che per loro essenza sono reciprocamente onerosi.	
1. La permuta p. 280. 2. La compera p. 281. 3. La locazione p. ivi. 4. Il contratto delle spese di stampa p. 283. 5. I contratti casuali p. ivi. 6. I contratti accessori p. 284.	
b) I contratti formali p. 285, specialmente la cambiale p. 286.	
§ 45. B). Le obbligazioni d'affari unilaterali e senza contratto . . .	287
II. § 46. Le obbligazioni di delitto . . .	ivi
III. § 47. Le obbligazioni di stato . . .	ivi

TERZA SUDDIVISIONE. § 48. Il diritto generale di società . . . pag. 287

I. Disposizione nel sistema del diritto. II. L'essenza giuridica della società. III. La divisione della società. IV. Delle società economiche o di sostanza in particolare. V. Il diritto di società.

SECONDA PARTIZIONE. Il diritto privato speciale, oppure il diritto delle sfere speciali della vita e stati.

Capitolo I. Il diritto privato delle sfere di personalità.

§ 49. Il diritto di matrimonio e di famiglia 294

§ 50. Il diritto d'eredità 298

Capitolo II. § 51. Lo speciale diritto privato delle sfere operose, ovvero degli stati di vocazione.

Libro quarto. Il diritto pubblico.

PRIMA PARTIZIONE. Il diritto di stato e di società.

Delle condizioni attuali di questa scienza, della necessaria sua riforma e dell'esposizione dei principii più importanti per conseguire tale miglioramento.

§ 1. I punti di veduta dirigenti 309

§ 2. Il fondamento storico della vita di stato 312

§ 3. L'etico scopo di stato 315

§ 4. Del rapporto dello stato colla società 319

§ 5. L'organismo nel diritto pubblico 324

§ 6. La rappresentanza nel diritto pubblico 328

SECONDA PARTIZIONE. Il diritto internazionale.

§ 1. Concetto e punto di veduta della trattazione 334

§ 2. Prospetto sullo sviluppo del diritto internazionale nella storia 337

§ 3. I principii supremi del diritto internazionale 339

§ 4. La partizione del diritto internazionale 342

Appendice. La metodologia giuridica.

ERRATA-CORRIGE

VOLUME I.

<i>Errata</i>		<i>Corrige</i>	
Pag. 154	linea 3	in luogo di <i>normale</i>	si legga <i>morale</i>
" 180	" 1	" § 4	" § 5
" 183	" 1	" § 5	" § 6
" 187	" 5	" § 6	" § 7
" 207	" 5		§ 1 <i>Elementi popolari in Roma.</i>
" 210	" 36	" <i>dallo stato generale</i>	" <i>dello stato in generale</i>
" 263	" 11	" <i>Capitolo VI</i>	" <i>Capitolo IV</i>

VOLUME II.

Pag. 5	linea 1	in luogo di <i>Sezione terza</i>	si legga <i>Parte terza</i>
" 13	" 3	" <i>Parte prima,</i>	" <i>Sezione Prima</i>
" 30	" 1	" <i>Seconda Parte</i>	" <i>Sezione Seconda</i>
" 47	" 28	" <i>La Costituzione dei Carolingi</i>	" § 8 <i>La Costituzione dei Carolingi</i>
" 52	" 8	" <i>Dall' 800 ecc.</i>	" <i>Dall' 888 ecc.</i>
" 195	" 36	" <i>In generale</i>	" § 9. <i>In generale</i>
" 278	" 12	" § 44	
" 270	" 3	" <i>I contratti, ecc.</i>	" 1. <i>I contratti, ecc.</i>
" ivi	" 8	" <i>La donazione, ecc.</i>	" 1. <i>La donazione</i>

Mag 2018 908





A.^{to} VOLPARI
ROMA



